

Entwicklung und Wandel des Begriffs der „Rechtspflicht“
bei den unechten Unterlassungsdelikten bis zur
Rechtsprechung des Reichsgerichts

INAUGURAL-DISSERTATION

zur
Erlangung des Grades eines Doktors der Rechte
bei der
Juristischen Fakultät
der
Freien Universität Berlin

vorgelegt von
Dietmar Krause
Referendar in Berlin
1967

1967

Entwicklung und Wandel des Begriffs der "Rechtspflicht"
bei den unechten Unterlassungsdelikten bis zur Recht-
sprechung des Reichsgerichts

INAUGURAL - DISSERTATION

zur

Erlangung des Grades eines Doktors der Rechte

bei der

Juristischen Fakultät

der

Freien Universität Berlin

vorgelegt von

Dietmar Krause

Referendar in Berlin

1965

Erstgutachter : Professor Dr. iur. Hermann Blei

Zweitgutachter: Professor Dr. iur. h. c. Werner Sarstedt

Tag der mündlichen Prüfung: 10. März 1967



MEINEN ELTERN

1. Einleitung: Meine Eltern, die ich sehr liebe, haben mich sehr lieb und gut erzogen. Ich bin ihnen sehr dankbar.

2. Ich bin sehr glücklich, dass ich sie kennen lerne. Ich werde sie sehr lieb haben.

3. Ich bin sehr glücklich, dass ich sie kennen lerne. Ich werde sie sehr lieb haben. Ich bin sehr glücklich, dass ich sie kennen lerne. Ich werde sie sehr lieb haben.

4. Ich bin sehr glücklich, dass ich sie kennen lerne. Ich werde sie sehr lieb haben.

5. Ich bin sehr glücklich, dass ich sie kennen lerne. Ich werde sie sehr lieb haben.

6. Ich bin sehr glücklich, dass ich sie kennen lerne. Ich werde sie sehr lieb haben.

7. Ich bin sehr glücklich, dass ich sie kennen lerne. Ich werde sie sehr lieb haben.

8. Ich bin sehr glücklich, dass ich sie kennen lerne. Ich werde sie sehr lieb haben.

9. Ich bin sehr glücklich, dass ich sie kennen lerne. Ich werde sie sehr lieb haben.

10. Ich bin sehr glücklich, dass ich sie kennen lerne. Ich werde sie sehr lieb haben.

11. Ich bin sehr glücklich, dass ich sie kennen lerne. Ich werde sie sehr lieb haben.

12. Ich bin sehr glücklich, dass ich sie kennen lerne. Ich werde sie sehr lieb haben.



Digitized by the Internet Archive
in 2026

https://archive.org/details/IA41533915_0044

L I T E R A T U R V E R Z E I C H N I S

- | | |
|------------------|---|
| Aldosser | Inwiefern können durch Unterlassungen strafbare Handlungen begangen werden?
1882 |
| v. Bar | Die Lehre vom Causalzusammenhange im Rechte, besonders im Strafrechte,
1871 |
| ders. | Zur Lehre von der Culpa und dem Causalzusammenhange im Straf- und Civilrecht, insbesondere auch von der Haftung des Schuldners für Handlungen Anderer.
Grünhutz N.F. Bd. 4, 20 ff. |
| Berner | Lehrbuch des Deutschen Strafrechts,
5. Auflage 1871 |
| Binding | Die Normen und ihre Übertretung
Zweiter Band. Schuld und Vorsatz,
1. Auflage 1877 |
| Boehmer | Meditationes in Constitutio Criminales
Carolinam, 1774 |
| ders. | Elementa iurisprudentiae criminalis,
Editio prima 1769 |
| Boldt | Johann Samuel Friedrich von Böhmer und die gemeinrechtliche Strafrechtswissenschaft,
1936 |
| Brunner-Schwerin | Deutsche Rechtsgeschichte, Band II
1927 |
| Buchberger | Lexikon der Theologie und Kirche,
Zweiter Band 1958 |
| v. Buri | Über die Begehung der Verbrechen durch Unterlassung, GS 21, 189 ff. |
| ders. | Über die Begehung von Verbrechen durch Unterlassung, GS 37, 25 ff. |

- v. Buri Abhandlungen aus dem Strafrecht.
Verursachung und unterlassene Hinderung.
Beilageheft zum Gerichtssaal Band 29,
93 ff.
- Carpzov Practica nova Imperialis Saxonica rerum
criminalium, 5. Editio 1665
- Claußen Germanenrechte, Abteilung Stadtrechts-
bücher. Freisinger Rechtsbuch,
1941
- Clemens Die Unterlassungsdelikte im deutschen
Strafrecht von Feuerbach bis zum Reichs-
strafgesetzbuch,
Diss. Göttingen 1912
- Dahm Das Strafrecht Italiens im ausgehenden
Mittelalter, 1931
- Demme-
Friedrich-
Barth Die Grundbegriffe des Kriminalrechts
und seine leitenden Grundsätze, mit
Rücksichtnahme auf die deutschen Gesetz-
gebungen, 1861
- Engau Elementa iuris criminalis
4. Editio 1753
7. Editio 1777
- Eckhardt Germanenrechte, Band 1.
Die Gesetze des Merowingerreiches.
I. Pactus Legis Salicae : Recensionis
Merovingiae, 1955
- Feuerbach,
Anselm Lehrbuch des gemeinen in Deutschland
gültigen peinlichen Rechts
1. Auflage 1801; 2. Auflage 1802
4. Auflage 1808; 11. Auflage 1832
- ders. Revision der Grundsätze und Grundbe-
griffe des positiven Rechts.
Erster Theil 1799

- Feuerbach,
Ludwig Anselm Ritter von Feuerbach's Leben
und Wirken aus seinen ungedruckten
Briefen und Tagebüchern, Vorträgen und
Denkschriften, Erster Band, 1852
- Fischl Der Einfluß der Aufklärungsphilosophie
auf die Entwicklung des Strafrechts in
Doktrin, Politik und Gesetzgebung und
Vergleichung der damaligen Bewegung mit
den heutigen Reformversuchen.
Str. Abh. 169 1919
- v. Fröhlichs-
burg Commentarius, in Kayser Carl des Fünfften,
und des H. Röm. Reichs Peinliche Halsge-
richts=Ordnung. 1759
- Geib Lehrbuch des Deutschen Strafrechts,
Erster Band, Geschichte. 1861
- Geyer Grundriß zu Vorlesungen über gemeines
deutsches Strafrecht, Erste Hälfte.
Einleitung und allgemeiner Theil,
1884
- ders. Erörterungen über den Allgemeinen That-
bestand der Verbrechen nach österrei-
chischem Recht, 1862
- ders. Besprechung der Schrift Aldossers,
Krit. ViertelJahrSchr. NF Bd. 5, 237
(243 ff.)
- Glaser Über strafbare Unterlassungen.
Abhandlungen aus dem Oesterreichischen
Strafrecht. Erster Band, zweite Abhandlung.
1858
- Gönner Anmerkungen zum Strafgesetzbuche für das
Königreich Baiern. Nach Protokollen des
königlichen geheimen Raths. Erster Band.
1813
- Grolmann Grundsätze der Criminalrechtswissenschaft,
1. Auflage 1798; 2. Auflage 1805;
4. Auflage 1825

- Hälschner Das gemeine deutsche Strafrecht, Erster Band. Die allgemeinen strafrechtlichen Lehren. 1881
- ders. System des Preußischen Strafrechts. Zweiter Theil. Die Verbrechen gegen das Recht der Privatperson. 1868
- Heffter Lehrbuch des gemeinen deutschen Strafrechtes mit Rücksicht auf die nicht exklusiven Landesrechte. 1. Auflage 1833
- Henke Beyträge zur Criminalgesetzgebung, in einer vergleichenden Übersicht der neuesten Strafgesetze=Bücher und Entwürfe. 1813
- ders. Lehrbuch der Strafrechtswissenschaft. 1815
- ders. Handbuch des Criminalrechts und der Criminalpolitik, Erster Theil 1823 Zweiter Theil 1826
- Hepp Über den gegenwärtigen Stand der Lehre vom versuchten Verbrechen mit Rücksicht auf den neuen Württembergischen Strafgesetzentwurf, Archiv des Criminalrechts NF 1836, 31 ff.
- Heuser Bemerkenswerthe Entscheidungen des Criminal-Senates des Ober=Appellations-Gerichtes zu Cassel.
- v. Hippel Deutsches Strafrecht, Erster Band. Allgemeine Grundlagen. 1925 Zweiter Band. Das Verbrechen, Allgemeine Lehren. 1930
- His Geschichte des Deutschen Strafrechts bis zur Karolina, 1928

- His Das Strafrecht des deutschen Mittel-
alters. Erster Teil: Die Verbrechen und
ihre Folgen im allgemeinen, 1920
- Jenull Das Oesterreichische Criminal-Recht nach
seinen Gründen und seinem Geiste,
Erster Theil 1820
- Katz Ein Grundriss des kamonischen Strafrechts,
1881
- Kaufmann,
Armin Die Dogmatik der Unterlassungsdelikte,
1959
- Kleinschrod Systematische Entwicklung der Grundbe-
griffe und Grundwahrheiten des peinlichen
Rechts nach der Natur der Sache und der
positiven Gesetzgebung.
Theil 1-3 3. Auflage 1805
- Koch,
Johannes Institutiones iuris criminalis
Christoph 7. Editio 1786
9. Editio 1791
- ders. Anfangsgründe des peinlichen Rechts,
1790
- Köstlin System des deutschen Strafrechts.
Allgemeiner Theil, 1855
- Kress Commentatio succincta in Constitutio
criminales Caroli V. Imperatoris,
1721
- Kriegel Corpus iuris civilis.
1. Teil. Institutiones, Digesta.
1887
- Krug Über Unterlassungsverbrechen,
Hitzig's Annalen NF Bd. 33 = AF Bd. 63,
201 ff.

- Leyser Meditationes ad Pandectas quibus praecipua
iuris capita ex antiquitate explicantur,
cum iuribus recentioribus conferuntur, at-
que variis celebrium collegiorum responsis
et rebus indicatis illustrantur.
Volumen IX 1773
- v. Liszt Lehrbuch des deutschen Strafrechts,
6. Auflage 1894
- Loening Über geschichtliche und ungeschichtliche
Behandlung des deutschen Strafrechts,
ZStW 3. 219 ff.
- Luden Abhandlungen aus dem gemeinen teutschen
Strafrechte.
Erster Band: Über den Versuch des Verbre-
chens nach gemeinem teutschen Rechte.
1836
Zweiter Band: Über den Thatbestand des
Verbrechens nach gemeinem teutschen Rechte.
1840
- Marezoll Das gemeine deutsche Kriminalrecht als
Grundlage der neueren deutschen Strafge-
setzgebungen.
3. Auflage 1856
- Matthaeus De criminibus,
1761
- Maurach Deutsches Strafrecht.
Allgemeiner Teil, 3. Auflage 1965
- Meckbach Anmerkungen über Kayser Carl des V. und
H. R. Reichs Peinliche Halßgerichts=
Ordnung, 1756
- Meister,
 Georg
 Christian
 Friedrich Principia iuris criminalis Germanicae
communis,
2. Editio 1792; 4. Editio 1802
5. Editio 1811; 6. Editio 1819

- Merkel,
Adolf Von den Unterlassungsverbrechen beziehungsweise dem negativen Unrechte, und ihrem Gegensatze, und von dem Verhältniß der ersteren zu den Polizeivergehen. Kriminalistische Abhandlungen I, 76 ff. 1867
- Meyer Lehrbuch des Deutschen Strafrechts, 2. Auflage 1877
- Mezger-Blei Strafrecht, I. Allgemeiner Teil. 11. Auflage 1965
- Mittermaier Lehrbuch des gemeinen in Deutschland geltenden Peinlichen Rechts von Dr. Anselm Ritter von Feuerbach, 14. Auflage 1847
- ders. Der Entwurf zu einem Criminal-Gesetzbuch für das Königreich Sachsen, verglichen mit den neuesten Erscheinungen der Criminallegislation, Archiv des Criminalrechts, NF 1839 395 ff.
- Mommsen Römisches Strafrecht, 1899
- Mommsen-
Krüger Digesta Justiniani Augusti, Vol II, 2. Auflage. Es handelt sich um einen unveränderten Nachdruck der 1. Auflage aus dem Jahre 1870. 1963
- Morstadt Ausführlicher kritischer Commentar zu Feuerbach's Lehrbuch des gemeinen in Deutschland gültigen peinlichen Rechts. Nach dem Tode Morstadt's vollendet von Osenbrüggen. 1855
- Nagler Die Problematik der Begehung durch Unterlassung, GS 111, 1 ff.

- | | |
|-----------------------|---|
| Oppenhoff | Die Rechtsprechung des Königlichen
Ober-Tribunals in Straf-Sachen |
| ders. | Das Strafgesetzbuch für die Preußischen
Staaten und das Gesetz über die Einfüh-
rung desselben, 4. Ausgabe 1864 |
| Ortmann | Über die Begehung der Verbrechen durch
Unterlassung, GS 26, 439 ff. |
| Quistorp | Grundsätze des deutschen Peinlichen
Rechts.
5. Auflage, Erster Teil 1774
6. Auflage. Nach dem Tode des Verfassers
aufs neue herausgegeben von Ernst Ferdinand
Klein, I. Band 1. Abtheilung,
1809 |
| Rauchdorn | Practica und Process Peinlicher Halßge-
richtsordnung aus Keyserlichen / Geist-
lichen / Weltlichen und Sechsischen
Rechten / allen Richtern und Gerichts-
personen faßt nützlich / mit ganzem fleis
in vier Theil verfaßt / und in Truck ver-
ordnet, 1564 |
| Rein | Das Kriminalrecht der Römer von Romulus
bis Justinian, 1844 -Neudruck 1962 |
| Richter-
Friedberg | Corpus iuris canonici.
Unveränderter Nachdruck der 1879 in
Leipzig erschienenen Ausgabe. 1. Teil
1959 |
| v. Rohland | Die strafbare Unterlassung,
Erste Abtheilung. 1887 |
| Salchow | Lehrbuch des gemeinen in Deutschland gül-
tigen peinlichen Rechts,
2. Ausgabe 1817 |

- Schaffrath Theorie des allgemeinen Thatbestandes
des Verbrechens, nach gemeinem deutschen
Strafrechte und den neuen Strafgesetz-
büchern.
Zweites Heft: Theorie des allgemeinen
Thatbestandes der Verbrechen.
1841
- Schaffstein Die allgemeinen Lehren von Verbrechen in
ihrer Entwicklung durch die Wissenschaft
des gemeinen Strafrechts,
1930
- Schmidt,
Eberhard Einführung in die Geschichte der deutschen
Strafrechtspflege,
3. Auflage 1965
- Schönke-
Schröder Strafgesetzbuch, Kommentar.
12. Auflage 1965
- Spangenberg Über Unterlassungsverbrechen und deren
Strafbarkeit,
Neues Archiv des Criminalrechts
Bd. 4, 527 ff.
- Stenglein Sammlung der deutschen Strafgesetzbücher,
Band 1 - 3, 1858
- Stübel System des allgemeinen Peinlichen Rechts
mit Anwendung auf die in Chursachsen
geltenden Gesezze besonders zum Gebrauche
für academische Vorlesungen.
Zweiter Band. Von den Verbrechen im
Allgemeinen. 1795
- ders. Ueber den Thatbestand der Verbrechen,
die Urheber desselben und die zu einem
verdammendem Endurtheile erforderliche
Gewißheit des ersteren, besonders in Rück-
sicht der Tödtung, nach gemeinen in Deutsch-
land geltenden und chursächsischen Rechten.
1805

- | | |
|----------------|---|
| Stübel | Ueber die Theilnahme mehrerer Personen an einem Verbrechen. Ein Beitrag zur Criminalgesetzgebung und Berichtigung der in den Criminalgerichten geltenden Grundsätze.
1828 |
| Sturm | Die Commissivdelikte durch Unterlassung und die Omissivdelikte.
1883 |
| Sundelin | Die jüngsten Criminal-Rechtssprüche des preußischen Obertribunals, Allgemeine Deutsche Strafrechtszeitung 1862, Sp. 279 ff. |
| Temme | Archiv für die strafrechtlichen Entscheidungen der obersten Gerichtshöfe Deutschlands. |
| Tittmann | Entwurf zu einem Strafgesetzbuche für das Königreich Sachsen.
Erster Band. Gesetzbuch über das Verbrechen. 1813 |
| ders. | Handbuch des gemeinen deutschen Peinlichen Rechts. Erster Theil.
1. Auflage 1806
2. Auflage: Handbuch der Strafrechtswissenschaft und der deutschen Strafgesetzkunde.
Erster Band 1822 |
| v. Wächter | Deutsches Strafrecht.
Vorlesungen von Carl Georg v. Wächter.
1881 |
| Wasserschleben | Die Bußordnungen der abendländischen Kirche. 1851
Nachdruck 1958 |

- | | |
|-------------|--|
| Weigand | Erörterungen der wichtigsten Lehren
des Kriminalrechts. In Zusätzen zu
Feuerbach's Lehrbuch des peinlichen
Rechts.
1836 |
| Westphal | Das Criminalrecht, in wissenschaftlich
geordneten mit practischen Ausarbei-
tungen bestärkten Abhandlungen und An-
merkungen über dessen wichtigste Gegen-
stände.
1785 |
| Wilda | Das Strafrecht der Germanen,
1842 |
| Wohlhaupter | Germanenrechte, Band 11. Gesetze der
Westgoten.
1936 |
| Zachariae | Die Lehre vom Versuche der Verbrechen.
Erster Theil.
1836 |

I N H A L T S V E R Z E I C H N I S

Einleitung		1
Erster Teil	Die Behandlung des Unterlassens bis zur Mitte des 18. Jahrhunderts	3
I.	Das römische Strafrecht	4
II.	Das Strafrecht des "Corpus iuris canonici"	10
III.	Die italienische Wissenschaft vom 12. bis 15. Jahrhundert	13
IV.	Das deutsche Strafrecht	15
	1. Das germanische Strafrecht	15
	2. Das Strafrecht der fränkischen Zeit	16
	3. Das Strafrecht des späten Mittelalters bis zum Eindringen fremder Rechte	18
	4. Das Strafrecht von der Carolina bis zur Mitte des 18. Jahrhunderts	19
	a. Das Strafrecht der Carolina	20
	b. Die Bearbeitung des Strafrechts auf der Grundlage der Carolina	21
	aa. Die Stellungnahme CARPZOVs und LEYSERs	21
	bb. Die Stellungnahme von KRESS	25
	cc. Die Stellungnahme BOEHMERs	27
	dd. Die Stellungnahme MECKBACHs	29
	ee. Die Stellungnahme v. FRÖHLICHsBURGs	31
V.	Zusammenfassende Betrachtung über die Behandlung des Unterlassens bis zur Mitte des 18. Jahrhunderts	33

Zweiter Teil	Die Behandlung des Unterlassens von der Mitte des 18. Jahrhunderts an bis zur Rechtsprechung des Reichsgerichts	36
A.	Die Stellungnahmen in der Literatur bis zum Beginn des 19. Jahrhunderts	36
I.	Die Stellungnahme ENGAUS	37
II.	Die Stellungnahme WESTPHALS	38
III.	Die Stellungnahme Johannes Christoph KÖCHS	39
IV.	Die Stellungnahme MEISTERS	40
V.	Die Stellungnahme QUISTORPS	42
VI.	Die Stellungnahme GROLMANNS	45
VII.	Stellungnahme zu den Erörterungen der Rechtslehre des ausgehenden 18. Jahrhunderts	46
B.	Die Stellungnahmen in der Literatur bis zur Mitte des 19. Jahrhunderts	48
I.	Die Stellungnahme FEUERBACHS	48
1.	FEUERBACHS Ansicht über die Strafbarkeit des Unterlassens in der 1. Auflage	49
2.	FEUERBACHS Ansicht über die Strafbarkeit des Unterlassens von der zweiten Auflage an	51
3.	Zusammenfassende Beurteilung zu FEUERBACHS Stellungnahme	52
II.	Die Stellungnahme TITTMANNS	53
1.	Die Stellungnahme in der 1. und 2. Auflage des "Handbuchs"	54
2.	Die Stellungnahme in dem "Entwurf zu einem Gesetzbuche für das Königreich Sachsen"	57
3.	Zusammenfassende Betrachtung der Ansicht TITTMANNS	59
III.	Die Stellungnahme STUBELS	60
1.	STUBELS Ansicht in seiner Schrift "Ueber den Thatbestand der Verbrechen"	61

2.	STUBELs Ansicht in seiner Schrift "Ueber die Theilnahme mehrerer Personen an einem Verbrechen"	66
3.	Stellungnahme zu STUBELs Ansicht	67
IV.	Die Stellungnahme SPANGENBERGs	70
1.	Das Erfordernis der Verpflichtung zum Handeln	71
a)	Das positive Gesetz	72
b)	Die besonderen rechtlichen Verhältnisse	72
c)	Der besondere Rechtsgrund aus einem Vertrag	74
2.	Teilnahme durch Unterlassen	75
3.	Stellungnahme zu SPANGENBERGs Ansicht	75
V.	Die Stellungnahme HENKES	76
1.	Die Stellungnahme im "Lehrbuch"	76
2.	Die Stellungnahme im "Handbuch des Criminalrechts"	77
3.	Zusammenfassende Beurteilung der Ergebnisse HENKES	80
VI.	Die Stellungnahme MARTINS	82
VII.	Die Stellungnahme HEFFTERS	82
VIII.	Die Stellungnahme ZACHARIAS	85
IX.	Die Stellungnahme LUDENS	86
1.	LUDENS Ausgangspunkt für die Behandlung des Unterlassens	87
2.	LUDENS Ansicht über den Inhalt des Unterlassens	88
3.	Das Erfordernis der Zwangspflicht	88
a)	Die Zwangspflicht bei den eigentlichen Unterlassungsverbrechen	89
b)	Die Zwangspflicht bei den Verbrechen, die durch Unterlassungshandlungen begangen werden	89

4. Die Kausalität der Unterlassung	90
5. LUDENS Kritik an FEUERBACH, SPANGENBERG und MARTIN	92
6. Zusammenfassende Betrachtung der Ansicht LUDENS	93
X. Zusammenfassende Beurteilung der Erörterungen der Rechtslehre bis zur Mitte des 19. Jahrhunderts	94
C. Die Stellungnahme in der Literatur von der Mitte des 19. Jahrhunderts bis zur Rechtsprechung des Reichsgerichts	100
1. Die Kritik der Ansicht LUDENS	101
1. Die Ansicht KRUGS	101
2. Die Ansicht GLASERS	104
3. Die Ergebnisse der Kritik an LUDEN	106
II. Die auf LUDEN folgenden Autoren	107
1. Die Begründung der Kausalität mit Hilfe der der Unterlassung vorausgegangenen Handlung	108
a. KRUGs eigene Ansicht	108
aa. Die Urhebererschaft durch Unterlassen	108
bb. Die negative Teilnahme	113
b. Die Ansicht GLASERS	114
c. Die Ansicht MERKELS	120
d. Zusammenfassende Betrachtung der Auffassungen KRUGs, GLASERS und MERKELS	121
2. Das Unterlassen "als ein der Regel des Lebens widersprechendes Verhalten"	126
a. Die Ansicht v. BARs	126
b. Zusammenfassende Stellungnahme zu der Ansicht v. BARs	130
3. Die Unterlassung als ein "concludentes" Verhalten	131

XVI

a.	Die Ansicht GEYERS	131
b.	Die Ansicht ALDOSSERS	132
c.	Stellungnahme zu der Ansicht GEYERS und ALDOSSERS	132
4.	Die Unterlassung als eine dem Erfolg entgegenstehende Bedingung	134
a.	V. BURIs spätere Ansicht	135
b.	Die Ansicht ORTMANNs	136
c.	Stellungnahme zu den Ansichten v. BURIs und ORTMANNs	138
5.	Die Ansicht BINDINGs	140
6.	Stellungnahme zu BINDINGs Ansicht	143
III.	Stellungnahme zu den Ergebnissen der Rechtslehre von der Mitte des 18. Jahrhunderts bis zur Rechtsprechung des Reichsgerichts	144
1.	Der Versuch einer systematischen Einteilung der dargestellten Ansichten	144
2.	Die Unterlassung als ein "etwas nicht tun"	147
D.	Die gesetzlichen Bestimmungen über die Strafbarkeit des Unterlassens in den Gesetzbüchern der deutschen Bundesstaaten vom preußischen Allgemeinen Landrecht bis zum Reichsstrafgesetzbuch	149
I.	Das preußische Allgemeine Landrecht	150
II.	Die bayerischen Strafgesetzbücher aus den Jahren 1813 und 1861	152
III.	Die Strafgesetzbücher für Oldenburg, Hannover, Hessen, Baden, Sachsen, Württemberg, Braunschweig und Thüringen	155
IV.	Die Preußischen Strafgesetzbücher	158
V.	Zusammenfassende Betrachtung der Gesetzgebung des 19. Jahrhunderts	158

XVII

E.	Die Strafrechtliche Beurteilung des Unterlassens in der Recht- sprechung	161
	1. Übersicht über die Recht- sprechung im Einzelnen	162
II.	Einzelne von der Rechtsprechung anerkannte Fälle der Pflicht zur Erfolgsabwendung	166
	1. Die Pflicht zum Handeln auf- grund eines persönlichen Verhältnisses und aufgrund eines Gesetzes	166
	2. Die Pflicht zum Handeln aufgrund eines Dienstver- trages	169
	3. Haftung für den Zustand einer Sache	170
	4. Die Pflicht zum Handeln aufgrund einer Berufs- pflicht	171
	5. Der besondere Fall des "Unterdrückens" im Rahmen des Tatbestandes des Betruges in der Rechtsprechung des königlichen Ober-Tribunals	175
	6. Zusammenfassende Betracht- ung der von der Recht- sprechung entwickelten Grundsätze	179

Dritter Teil Schlußbetrachtung

1.	Vom Wert einer Feststellung, welcher Autor als erster eine wesentliche Erkenntnis traf	182
2.	Unbeantwortete Fragen	184
3.	Die Haltung der Gesetzgebung und Rechtsprechung gegenüber den Untersuchungen der Rechts- lehre	185

Einleitung

Schon in seiner Entscheidung vom 18. April 1904 gab das Reichsgericht über die Strafbarkeit des unechten Unterlassungsdelikts eine im Ergebnis endgültige Stellungnahme ab, indem es erklärte, es sei ein dem "gesamten Strafrechte gemeinsamer allgemeiner Rechtsgrundsatz", daß bei Vorliegen einer Rechtspflicht die Unterlassung einer Handlung "vollständig" gleichstehe.¹⁾ Verfolgt man die Rechtsprechung des Reichsgerichts aufgrund dieser kühn klingenden Behauptung, die diesen Charakter insbesondere durch die v o l l s t ä n d i g e Gleichstellung erhält, zurück, so lassen sich nur einige Erkenntnisse finden,²⁾ die die hier interessierende Frage berühren. Eine ausreichende Begründung dafür, wovon sich dieser dem Strafrecht innewohnender Rechtsgrundsatz herleitet, findet sich in keiner Entscheidung. Einmal spricht das Reichsgericht sogar davon, daß "die strafbare Unterlassung" einer durch eine Pflicht gebotenen Handlung im Rechtssinne dem positiven Tun gleichstehe.³⁾ Das Gericht geht von der Strafbarkeit des Unterlassens aus, einer Folge also, die es durch das Vorliegen einer Rechtspflicht erst ziehen will.

So viel ist der frühen Rechtsprechung des Reichsgerichts jedoch zu entnehmen, daß das entscheidende Moment für die Strafbarkeit des Unterlassens das Vorliegen einer Rechtspflicht ist. So wird eine Untersuchung, die sich mit dem Begriff der Rechtspflicht befassen will, zu einem Teile wenigstens die Strafbarkeit des Unterlassens überhaupt berühren.

1) RG St 37, 131 (133)

2) So z. B. RG St 10, 100; 24, 339

3) RG St 10, 100 (101)

Ziel der vorliegenden Arbeit soll es sein, festzustellen, ob sich das Reichsgericht im Jahre 1904 mit Recht auf einen dem "gesamten Strafrechte gemeinsamen und allgemeinen Rechtsgrundsatz" berufen konnte. Ein solches Vorhaben nötigt dazu, die Quellen aus der Zeit vor der Rechtsprechung des Reichsgerichts, aus denen sich ein solcher Rechtsgrundsatz ergeben könnte, zu untersuchen. So wird sich also die vorliegende Untersuchung mit der Rechtslehre, der Gesetzgebung und der Rechtsprechung beschäftigen.

Eine geschichtliche Untersuchung über die Strafbarkeit des Unterlassens befindet sich in GLASERs Monographie "Ueber strafbare Unterlassungen".⁴⁾ So großartig seine Darstellung ist, weist sie jedoch notwendig Unstimmigkeiten auf. Sie sind einmal darauf zurückzuführen, daß die Abhandlung zu einer Zeit erschien (1858), als die Strafbarkeit des Unterlassens von der Rechtslehre zum ersten Male überhaupt eingehend untersucht wurde. Zum anderen erscheint aber auch die Wiedergabe und Würdigung der Erkenntnisse der früheren Zeit an einigen Stellen unzutreffend, da GLASER eine Wertung erklärlicherweise vom Standpunkt seiner eigenen Ansicht aus vornahm. Daß der geschichtliche Überblick im Grunde nur bis in die Mitte des 18. Jahrhunderts reicht, ergibt sich notwendig aus dem Erscheinungsjahr.

Im Hinblick auf GLASERs Untersuchungen soll daher hier hauptsächlich die Zeit von der Mitte des 18. Jahrhunderts bis zur Rechtsprechung des Reichsgerichts

4) Abhandlungen II, S. 326 ff; die Dissertation von CLEMENS aus dem Jahre 1912 (Unterlassungsdelikte) gibt nur einen ganz unvollständigen Überblick über die Rechtslehre und beschäftigt sich fast ausschließlich mit der Gesetzgebung von FEUERBACH bis zum Reichsstrafgesetzbuch.

verfolgt werden. Für die davor liegende Zeit wird - soweit GLASER gefolgt werden kann - auf ihn verwiesen werden. Die entscheidenden Quellen ⁵⁾ sollen wörtlich herangezogen werden. Da die Verfolgung der Entwicklung eines Rechtsinstituts naturgemäß eine systematische Gliederung nicht zuläßt, werden die Rechtsansichten der einzelnen Autoren dargestellt. Es soll versucht werden, sie weniger vom Standpunkt der heutigen Rechtsauffassung als vielmehr von den Erkenntnissen der jeweiligen Zeitepoche aus zu verstehen. ⁶⁾

Erster Teil

Die Behandlung des Unterlassens bis zur Mitte des 18. Jahrhunderts

Eine Darstellung, die sich mit der Geschichte eines Rechtsinstituts beschäftigen will, wird, soll auch hauptsächlich ein bestimmter Zeitabschnitt verfolgt werden, notwendig auf die vorher herausgebildeten Grundsätze eingehen müssen. Die Entwicklung eines Rechtsinstituts - noch dazu eines solchen des Allgemeinen Teils des Strafrechts - geschieht nicht willkürlich und ohne die Überprüfung der vorher herrschenden Lehren. Dies bringt es mit sich, daß auch die spätere Herausbildung allgemeiner Grundsätze nicht losgelöst von der Geschichte betrachtet werden kann. Einflüsse können sich aus den unterschiedlichen Strafrechtssystemen, dem Geltungsbereich des jeweiligen Strafrechts und den mit der Strafe verfolgten Zielen ergeben. So soll der erste Teil dieser Arbeit der

-
- 5) Die hier zitierten Quellen werden, soweit sich keine Lautverschiedenheiten ergeben würden, modernisiert. So wird z.B. anstatt "v" "u" geschrieben und umgekehrt.
- 6) Ähnlich Eberhard SCHMIDT (Einführung in die Geschichte der Strafrechtspflege" Vorwort zur 1. Auflage): "... Ich lasse die Quellen und die heraufbeschworenen Rechtsdenker oft selbst zu Worte kommen. Wer den Geist einer Zeit verstehen will, muß ihn aus ihrer

Zeit bis zur Mitte des 18. Jahrhunderts gewidmet sein, wobei die Darstellung angesichts des Themas nur die wichtigsten Grundsätze berücksichtigen kann. Ebenso wird sich die Heranziehung der Quellen diesem Vorhaben anpassen.

I. Das römische Strafrecht

Erörterungen über das Erfordernis einer Rechtspflicht zur Begründung der Strafbarkeit der unechten Unterlassungsdelikte setzen einmal die Bejahung der Frage voraus, ob das Unterlassen überhaupt eine strafrechtliche Haftung begründen könne, zum anderen die Anerkennung einer Trennung zwischen dem positiven Tun und dem Unterlassen. Hierbei braucht noch nicht die Frage entschieden zu werden, wann im Einzelfall ein positives Tun oder ein Unterlassen vorliegt. Diese Abgrenzung wird erst dann erforderlich, wenn das Unterlassen dem positiven Tun nicht oder nicht in jedem Falle gleichgestellt wird. Diese Unterscheidung, wann ein Unterlassen oder ein positives Tun vorliegt, hat auch die Rechtsprechung des Reichsgerichts beschäftigt.⁷⁾

Die Unterlassung steht als ein negatives Verhalten im Gegensatz zum positiven Tun. Es muß daher - soll die Unterlassung auf ihre Rechtsfolgen untersucht werden - auf den Begriff der Handlung im Sinne des Strafrechts eingegangen werden. Erst - und nur dann -, wenn festgestellt ist, daß ein Verbrechen auch durch ein Unterlassen begangen werden kann, kann sich die weitere Frage stellen, unter welchen Voraussetzungen das Unterlassen dem positiven Tun gleichsteht.

7) So. z.B. RG St 63, 211 (Ziegenhaar-Fall); zum Ganzen Mezger-Blei, Allgemeiner Teil, S. 78

1. Der Handlungsbegriff im römischen Strafrecht

Zur Begehung einer strafbaren Handlung war nach römischem Strafrecht eine äußerliche gegen das objektive Recht gerichtete Handlung erforderlich. Der verbrecherische Wille allein, der äußerlich nicht in Erscheinung getreten ist, - mag er auch der eigentliche Strafgrund und die äußerlich erkennbare Handlung nur aus Beweisgründen erforderlich gewesen sein⁸⁾ - vermag eine strafrechtliche Haftung nicht zu begründen. Dieser Grundsatz ergibt sich zweifelsfrei aus den Digesten:

"Cogitationis poenam nemo patitur".⁹⁾

Das Erfordernis der äußerlich erkennbaren Handlung schließt aber die Anerkennung der Verwirklichung eines Tatbestandes nach römischem Recht nicht aus. Eine Auseinandersetzung mit den Erscheinungsformen des Handelns lautet dahin:

"Qui non facit quod facere debet, videtur facere adversus ea, quia non facit. Et qui facit, quod facere non debet, non videtur facere id, quod facere iussus est".¹⁰⁾

Im ersten Teil dieser Digestenstelle wird ausgesprochen, daß das Unterlassen ("non facere") dem Handeln ("facere") gleichgestellt wird, wenn eine Pflicht zum Handeln ("facere debet") besteht. Wenn das römische Recht bei dem Unterlassen das "facere debet" verlangt, taucht hier zum ersten Male überhaupt das Merkmal der Rechtspflicht auf, das ein bestimmtes Tun gebietet.

Eine Unterscheidung zwischen echten und unechten Unterlassungsdelikten kennt das römische Recht nicht.

8) Rein, Kriminalrecht der Römer, S. 120

9) Ulp. 3. ed. D. 49. 18. 19.

10) Paul. 13. ed. D. 50. 17. 121.

Ebenso fehlt es an einer Klarstellung, wann im Einzelfall ein Unterlassen oder positives Tun vorliegt.

2. Die Pflicht zum Handeln ("facere debet")

Nach der Feststellung, daß bei Vorliegen einer Pflicht zum Handeln das Unterlassen dem positiven Tun gleichgestellt wird, stellt sich nunmehr die weitere Frage, unter welchen Voraussetzungen für den einzelnen eine solche Pflicht entstehen kann.

Für die Zeit des überwiegend privaten Strafrechts gilt der Grundsatz, daß keiner den anderen absichtlich oder fahrlässig schädigen soll, dagegen zur Hilfeleistung nicht verpflichtet ist. MOMMSEN¹¹⁾ bezeichnet es unter Berufung auf die Digesten¹²⁾ als "eine der wichtigsten Konsequenzen jenes Principes", daß die Nichthinderung und Nichtanzeige beabsichtigter Verbrechen nicht als Mitschuld betrachtet wurde.

11) Römisches Strafrecht, S. 91; ebenso unter Berufung auf MOMMSEN : v. HIPPEL, Strafrecht I, S. 71

12) Nullum crimen patitur is, qui non prohibet, cum prohibere potest. Paul. 5. ed. D. 50. 17. 109.

Bei KRIEGEL (Corpus iuris civilis) findet sich vor dem "potest" noch ein "non". MOMMSEN-KRÜGER (Digesta Justiniani Augusti) bringen die Stelle - wie hier zitiert - unter Weglassung des "non". Dieses ist erst von den Glossatoren eingefügt worden. Die florentinische Handschrift (entstanden im 6. oder 7. Jahrhundert) gibt MOMMSEN-KRÜGER Recht. Mit dem eingefügten "non" würde die betreffende Digestenstelle lediglich zum Ausdruck bringen, daß das Unterlassen dann nicht strafbar ist, wenn die Hinderung des Verbrechens nicht möglich war. Dies würde der Ansicht MOMMSENS widersprechen, der gerade hieraus die Straflosigkeit des Unterlassens beweisen will. Die Einfügung des "non" bringt, was wiederum berücksichtigt werden muß, einen Grundsatz zum Ausdruck, der an anderen Stellen immer wieder ausgesprochen ist, so z.B. Paul. 39. ed. D. 50. 17. 50. und Arius Menander 3. lib. de re militari D. 49. 16. 6. 8.

Vgl. zum Ganzen LUDEN, Abhandlungen II, S. 249
Anm. 1.

Während also das frühere römische Strafrecht eine Verpflichtung zu einem bestimmten Handeln nicht kennt, ändert sich diese Einstellung im späteren öffentlichen Strafrecht. Grundlage des Strafrechts ist das Sittengesetz. Das Strafgesetz, das sich aber nicht notwendig mit dem Sittengesetz zu decken braucht, bezeichnet die unsittlichen Handlungen, die strafbares Unrecht darstellen. Gleichzeitig wird dadurch negativ ausgesprochen, daß wegen aller übrigen Handlungen strafrechtlich nicht eingeschritten werden soll. Zweckmäßigkeitsgründe sind für die Ausgestaltung des Strafrechts maßgebend. Mit dieser Rechtsentwicklung, der Zurückdrängung des privaten Strafrechts zugunsten des öffentlichen, wird die Schaffung positiver Rechtsätze nötig. Sie erscheinen unter neuen Zweckmäßigkeitsgedanken - der Staat übernimmt weitestgehend den Schutz des einzelnen -, wobei auch der Grundsatz aufgegeben wird, daß Nichthinderung oder Nichtanzeige eines Verbrechens keine Schuld begründe.¹³⁾ So werden Nichtanzeige und Nichthinderung bei den schwersten Delikten wie bei Staatsverbrechen, Münzverbrechen, Nächstenmord oder Entführung unter Strafe gestellt.

Während es sich bei diesen Delikten nach heutiger Auffassung um echte Unterlassungsstraftaten handelt, enthalten die Digesten auch unechte Unterlassungsdelikte.

So kann ein Kind nicht nur durch Erwürgen getötet werden, der Tod kann auch durch Versagung des Unterhalts herbeigeführt werden.¹⁴⁾

13) Mommsen, Römisches Strafrecht, S. 91; v. Hippel, Strafrecht I, S. 71

14) Paul. 2. lib. sent. D. 25. 3. 4. : Necare videtur non tantum is, qui partum perfocat, sed et is, qui abicit, et qui alimonia denegat, et is, qui publicis locis misericordiae causa exponit, quam ipse non habet.

Der Arzt, der einen Eingriff ordnungsgemäß vorgenommen hat, aber die weitere notwendige Behandlung unterläßt, ist am Tode des Patienten schuldig.¹⁵⁾

Wer von seinem Bruder erfahren hat, daß dieser den Vater töten will, und es dem Vater nicht mitteilt, wird des Landes verwiesen.¹⁶⁾

GLASER¹⁸⁾ rechnet hierher noch den sog. "Baumschneider-Fall". Bestraft wird derjenige, der einen Baum beschneidet und durch einen herabfallenden Ast einen Menschen tötet, wenn er ihn nicht gewarnt hat.¹⁹⁾

15) Gaius 7. lib. ad edictum provinciale D. 9. 2. 8: sed et qui bene sevuerit et dereliquit curationem, securus non erit, sed culpa reus intellegitur. Vgl. Inst. 4. 3. 6.

16) Scaevola 4. lib. regul. D. 48. 9. 1. + 2. Die hier entscheidende Stelle lautet: "Frater autem eius, qui cognoverat tantum nec patri indicaverat, regulatus est".

17) Arius Menander 3. lib. de re militari D. 49. 16. 6. 8. : Qui praepositum suum non protexit, cum posset, in pari causa factori habendus est"

18) Abhandlungen II, S. 330; ebenso : SPANGENBERG, Ueber Unterlassungsverbrechen, Neues Archiv Bd. IV S. 533; v. BAR, Die Lehre vom Causalzusammenhange, S. 99; CLEMENS, Unterlassungsdelikte, S. 6

19) Inst. 4. 3. 5. : Item si putator ex arbore deiecto ramo servum tuum transeuntem occiderit, si prope viam publicam aut vicinalem id factum est neque praedamavit, ut casus evitari possit, culpa reus est Vg. auch: Paul. 10. lib. ad Sabinum D. 9. 2. 31. und Paul. D. 48. 8. 7.

Derselbe Fall erscheint auch im kanonischen Recht (siehe Seite¹²⁾) und im Freisinger Rechtsbuch (CLAUBEN, Freisinger Rechtsbuch, Art. 51, S. 57)

Hierbei handelt es sich jedoch, was keiner besonderen Begründung bedarf, nicht um ein Unterlassungsdelikt, sondern um eine Verursachung durch positives Tun. Die unterlassene Warnung betrifft allein das Verschulden. 20)

Alle diese Beispiele ²¹⁾ zeigen, daß ein Unterlassen nicht willkürlich bestraft wurde. Nicht jede Unterlassung war strafbar, sondern nur eine solche, die sich auf bestimmte Umstände gründete. Die persönlichen Beziehungen, das Dienst- oder Abhängigkeitsverhältnis führen bei den genannten Strafbestimmungen zur Strafbarkeit des Unterlassens. Es läßt sich jedoch nicht übersehen, daß dem römischen Recht allgemeine Regeln über den Begriff der Rechtspflicht fehlen. Der hier zitierten Digestenstelle ²²⁾ läßt sich nicht einmal entnehmen, ob nur die Nichterfüllung einer durch ein Strafgesetz auferlegten Pflicht zum Handeln strafbar war oder auch die Nichterfüllung einer sich aus dem Zivilrecht ergebenden Verpflichtung. Festgestellt werden kann lediglich, daß die grundsätzliche Anerkennung einer Rechtspflicht nicht dem System des römischen Strafrechts widersprochen hätte. Wenn GLASER ²³⁾ meint, die hier behandelte Digestenstelle habe nur für das Zivilrecht gegolten und lasse sich auf das Strafrecht nicht übertragen, ist demgegenüber zu bemerken, daß die auch ihm bekannten Unterlassungsdelikte des römischen Rechts diesem Grundsatz entsprechen.

20) Richtig erkannt hat dies LUDEN, Abhandlungen II, S. 247/248 und S. 293/294

21) Weitere Beispiele bei: SPANGENBERG, Neues Archiv des Criminalrechts, Bd. IV S. 532; REIN, Kriminalrecht d. Römer, S. 120 ***)

22) Siehe Seite 5 Anm. 10)

23) Abhandlungen II, S. 326 Anm. 6

Es steht daher nichts entgegen, ihn auch im Strafrecht Anwendung finden zu lassen, ²⁴⁾ wobei aber die Einschränkung gemacht werden muß, daß über die Herleitung der Rechtspflicht keine Aussagen gemacht werden können. Daß sich GLASER gegen die Anwendung dieses Grundsatzes im Strafrecht wehrt, ist darüber hinaus verständlich, denn er will die Rechtspflicht zur Strafbarkeit des unechten Unterlassungsdelikts nicht genügen lassen.

II. Das Strafrecht des "Corpus iuris canonici"

Das kanonische Recht geht wie das römische Strafrecht von dem Grundsatz aus, daß eine strafbare Handlung nur durch ein äußerlich erkennbares Verhalten begangen werden kann. Es übernimmt den Grundsatz:

"Cogitationis poenam nemo patitur." ²⁵⁾

Eine weitere Bindung, die sich das kanonische Strafrecht auferlegt, liegt in der Anerkennung des Grundsatzes, daß ein Verhalten nur dann bestraft werden kann, wenn ein entsprechendes die Strafe aussprechendes Gesetz vorhanden ist. ²⁶⁾ Diese Bindung wird dann aber weitgehend dadurch beseitigt, daß Ge- bzw. Verbote auch aufgrund Gewohnheitsrechts bestehen können. ²⁷⁾

24) Im Ergebnis ebenso: KÖSTLIN, System, S. 212; REIN aaO. S. 120 und LUDEN, Abhandlungen II, S. 221. And. Ansicht NAGLER GS 111, 6 Anm. 8).

25) Katz, Grundriß des kanonischen Strafrechts, S. 3

26) Caus. XXXII. Quest. 4 c 3: poena criminis ex tempore legis est, que crimen inhibuit, nec ante legem nulla rei dampnatio est, sed ex lege.

27) Katz aaO. S. 4

Trotz dieser hervorgehobenen Grundsätze des kanonischen Strafrechts sieht es sich nicht gehindert, auch die Begehung einer Straftat durch Unterlassen anzuerkennen.

Ganz allgemein spricht das "Corpus iuris canonici" über die Strafbarkeit einer Unterlassung in Caus.

XXIII. Quest. 3 c. 7 unter der Überschrift:

"Qui a socio non repellit iniuriam, similis est ei, qui facit".

Im folgenden wird dann im einzelnen ausgeführt:

"Non in inferenda, sed in depellenda iniuria lex virtutis est. Qui enim non repellit a socio iniuriam, si potest, tam est in vicio quam ille, qui facit".

Zur Rechtfertigung dieser weitgespannten Pflicht wird dann weiter ausgeführt:

"Salemon quoque ait: "Eripe eum, qui ducitur ad mortem" ".

Schon die bisher angeführten Quellen lassen gegenüber dem römischen Strafrecht eine weite Hinderungspflicht strafrechtlichen Unrechts erkennen. Deutlich kommt gerade hier die Grundeinstellung des kanonischen Rechts zum Ausdruck, aus der sich diese Pflicht zum Handeln erklären läßt. Für das kanonische Recht ist das Verbrechen nicht Auflehnung gegen den Willen und die Gebote des Staates, sondern Sünde, Widerspruch gegen den Willen und die Gebote Gottes. ²⁸⁾ Ein weiterer Grund für die Aufstellung einer so weiten Hinderungspflicht liegt in dem Geltungsbereich des kanonischen Rechts. Es gilt nicht an Stelle des staatlichen Strafrechts, sondern neben diesem. Rechtsunterworfen sind ihm auch die Geistlichen in Strafsachen, die nicht dem kirchlichen Recht angehören. ²⁹⁾

28) GEIB, Lehrbuch I, S. 125

29) v. HIPPEL, Strafrecht I, S. 80

Sein Zweck liegt darin, von dem Rechtsunterworfenen ein der christlichen Lehre entsprechendes Verhalten zu fordern. Man kann das kanonische Strafrecht daher als ein Disziplinarrecht bezeichnen. ³⁰⁾

Während es sich bei der hier zitierten Stelle um eine einzelne Aussage, insbesondere im Hinblick auf den Tod eines Menschen, handelt, heißt es an anderem Orte:

"Qui potest obviare et perturbare perversos, et non facit, nichil est aliud, quam favere impietati eorum." ³¹⁾

"..... Qui desint obviare, cum potest, consentit." ³²⁾

In den beiden zuletzt zitierten Stellen wird also die Pflicht zur Verhinderung von Straftaten nicht nur angesichts eines bestimmten Delikts ausgesprochen, sondern ganz allgemein eine Verpflichtung zum Handeln aufgestellt.

Weiter findet sich im "Corpus iuris canonici" der Fall, daß ein Mensch durch Nichtgewähren der erforderlichen Nahrung getötet wird. ^{32a)} Auch der im römischen Strafrecht bekannt gewordene "Baumschneider-Fall" ³³⁾ findet sich im kanonischen Strafrecht wieder. Nach Dist. 50 c. 51 wird derjenige nicht bestraft, der beim Beschneiden eines Baumes durch herabfallende Äste einen Menschen getötet hat, wenn er ihn vorher gewarnt hatte. Während das "Corpus iuris canonici" nur von der Straflosigkeit desjenigen spricht, der den Getöteten gewarnt hatte, hat der Corrector BURCHARD von WORMS ³⁴⁾ hieraus den

30) v. HIPPEL, Strafrecht I, S. 78

31) Caus. XXIII. Quest. 3 c.8

32) Caus. XXIII. Quest. 3 c.11

32a) Dist. 86 c. 21

33) Siehe Seite 8 Anm. 19)

34) Zitiert bei WASSERSCHLEBEN, Bußordnungen, S. 635

Umkehrschluß gezogen, daß derjenige bestraft wird, der den Getöteten nicht gewarnt hatte, fügt aber hinzu, daß das Verbrechen leichter zu beurteilen sei, weil es nur fahrlässig und nicht vorsätzlich begangen sei. Die von BURCHARD von WORMS vorgenommene Korrektur zeigt deutlich, daß der sog. Baumschneider-Fall nicht in das Gebiet der Unterlassungsdelikte fällt. Der Hinweis, daß die unterlassene Warnung eine Bestrafung wegen einer nicht vorsätzlichen Tat nach sich zieht, beweist, daß auch zu damaliger Zeit nur die Frage des Verschuldens angesprochen werden sollte.

Wenn das kanonische Recht diese strenge strafrechtliche Haftung für das Unterlassen in der praktischen Anwendung auch nur bei Tötungen und Betrug durchgeföhrt haben mag, ³⁵⁾ so ist doch festzustellen, daß eine gegenüber dem römischen Strafrecht weite Hinderungspflicht bestand. ³⁶⁾

III. Die italienische Wissenschaft vom 12. bis 15. Jahrhundert

Mit dem 12. Jahrhundert beginnt die wissenschaftliche Untersuchung und Fortbildung des kanonischen und römischen Rechts. Auch hier spielt das Unterlassen eine

35) GLASER, Abhandlungen II, S. 336

36) GLASER (aaO. S. 338/9) meint, diese Einschränkung der Strafbarkeit der Unterlassung habe sich daraus ergeben, daß auch das kanonische Strafrecht bei positiven Handlungen einen ununterbrochenen Causalnexus gefordert habe und dieser beim Unterlassen wohl nicht erlassen worden sei. Demgegenüber ist zu bemerken, daß das kanonische Recht die Ursächlichkeit einer Unterlassung durch die hier zitierten Stellen stillschweigend anerkannt hat. Zu berücksichtigen ist auch, daß GLASER selbst die Ursächlichkeit eines Unterlassens für einen Erfolg anzweifelt und darin wohl der Grund seiner Ansicht zu suchen ist.

nicht unbedeutende Rolle, wenn auch eine einheitliche terminologische Unterscheidung zwischen dem positiven Tun und dem Unterlassen nicht durchgeführt wird. 37) Eine sachliche Trennung zwischen Begehungs- und Unterlassungsdelikten ist schon deshalb erforderlich, weil z.B. für letztere die schon schuldfähigen Minderjährigen überhaupt nicht haften sollen oder milder bestraft werden. 38) Neben der Unterlassung der Gefangennahme eines Verbrechers, der Anzeige eines Verbrechens und den auf Unterlassungen beruhenden Nachlässigkeiten der Beamten ist die Haftung des einzelnen für die Strafbarkeit eines Verbandes oder einer Körperschaft zu nennen. 39)

Die wissenschaftliche Behandlung des Unterlassens durch die Rechtslehre geschieht auf dem Gebiete des kanonischen Rechts. Sie berührt auch die nach heutiger Ansicht unechten Unterlassungsdelikte. So lautet eine Auseinandersetzung mit dem strafrechtlich erheblichen Unterlassen:

"Qui non facit, quod debet, videtur facere, quod non debet." 40)

Für die hier interessierende Frage erscheint wie im römischen Recht der Begriff der Rechtspflicht, der zur Strafbarkeit des Unterlassens erforderlich war. 41) Noch deutlicher äußert sich THOMAS von AQUINO: 42)

"Omissio importat praetermissionem boni, non autem cuiuscumque, sed boni debiti; omissio non est, nisi boni debiti, ad quod aliquis tenetur."

37) DAHM, Das Strafrecht Italiens im ausgehenden Mittelalter, S. 84/85

38) DAHM aaO. S. 249

39) DAHM aaO. S. 179/180

40) JOHANNES ANDREAE, zitiert bei DAHM, aaO. S. 180

41) Siehe Seite 5

42) "Summa theologiae", zitiert bei DAHM, aaO. S. 180 Anm. 1

Das Unterlassen (praetermissio) wird zu einem strafbaren Unterlassen (omissio), wenn eine Pflicht zum Tun vorliegt. Aber auch hier muß wieder darauf hingewiesen werden, daß die Frage nach dieser Rechtspflicht - wie im römischen Recht - unbeantwortet bleibt. Wie wenig die genannten Autoren in der Folgezeit beachtet wurden, werden die folgenden Darstellungen zeigen.

IV. Das deutsche Strafrecht

Eine geschichtliche Darstellung des deutschen Strafrechts bringt notwendig eine Einteilung in verschiedene Zeitabschnitte mit sich, da nicht jede Zeitepoche in gleichem Maße Kodifikationen aufzuweisen hat, und daher die Erkenntnis des Strafrechts nicht im gleichen Umfange möglich ist.

1. Das germanische Strafrecht

Das germanische Strafrecht war zum größten Teile Gewohnheitsrecht, das die Entwicklung allgemeiner Lehren über das Verbrechen notwenig hinderte.⁴³⁾ Immerhin berichtet WILDA⁴⁴⁾ von dem Tatbestand der Feuerverwahrlosung. Die Bewahrung des Feuers war in mehreren Rechten zur besonderen Pflicht erhoben. Die an die Verwahrlosung geknüpfte Folge war jedoch unterschiedlich. Teils zog sie die Verpflichtung zum Ersatz des Schadens nach sich, teils Strafe. Weitere Beispiele, die zeigen, daß dem germanischen Strafrecht der Begriff des Unterlassens nicht fremd war, finden sich bei WILDA.⁴⁵⁾

43) v. HIPPEL, Strafrecht I, S. 106

44) Das Strafrecht der Germanen, S. 951

45) aaO. S. 685

So war z.B. auch die Nichterfüllung zivil- oder prozeßrechtlicher Vorschriften der Parteien, Richter oder Zeugen strafbar. Allgemeine Regeln über den Begriff der Rechtspflicht lassen sich im germanischen Strafrecht nicht erkennen.

2. Das Strafrecht der fränkischen Zeit

Eine bessere Erkenntnis des deutschen Strafrechts vermitteln die später entstandenen, in lateinischer Sprache geschriebenen Volksrechte der fränkischen Zeit, wie die Lex Salica und die danach folgenden Stammesrechte der Ribuarier, Alemannen, Bayern, Friesen und Sachsen. Überwiegend enthalten sie strafrechtliche Bestimmungen. ⁴⁶⁾

Ob die Volksrechte der fränkischen Zeit die Strafbarkeit des Unterlassens kennen, soll erst später beantwortet werden. Es mag daher hier begrifflich zunächst von einer strafrechtlichen Haftung für das Handeln anderer gesprochen werden. ⁴⁷⁾

Hier ist die Haftung des Herrn für das Verhalten des Knechtes zu nennen. Alle Rechte stehen grundsätzlich auf dem Standpunkt, daß der Herr für das Handeln seines Knechtes nur dann verantwortlich ist, wenn dieser auf Befehl oder mit Wissen des Herrn tätig geworden war. Eine Ausnahme hiervon macht noch die Lex Visigothorum. ⁴⁸⁾ Grundsätzlich haftet der Herr für den von seinem Knecht begangenen Diebstahl. Allerdings besteht die Möglichkeit,

46) v. HIPPEL, Strafrecht I. S. 109

47) Vgl. hierzu: HIS, Geschichte des deutschen Strafrechts bis zur Karolina, S. 16 ff. und BRUNNER-SCHWERIN, Deutsche Rechtsgeschichte II, S. 723 ff.

48) Lex Visog. VII 2, 2 (WOHLHAUPTER S. 175)

sich von der Haftung durch Freilassung des Knechtes zu befreien.⁴⁹⁾

Einen weiten Raum nimmt auch die Haftung des Eigentümers für den durch seine Haustiere verursachten Schaden ein. So kennt schon die Lex Salica⁵⁰⁾ einen solchen Fall. Es soll z.B. der Eigentümer von Haustieren, die einen Menschen getötet haben, im Falle des Beweises bestraft werden. Weitere Fälle aus der Lex Visigothorum sind z.B.: Haftung, wenn das Vieh die Weinberge oder die Ernte eines anderen vernichtet⁵¹⁾ oder die Haftung für einen gefährlichen Hund.⁵²⁾

Eine weitere Gruppe ist die Haftung des Eigentümers für die durch eine leblose Sache herbeigeführte Beschädigung. Hierunter fällt z.B. die Beaufsichtigung des Feuers und die ordentliche Verwahrung der Waffen.⁵³⁾ Tierfallen, Schlingen, Zäune und Brunnen müssen so abgesichert sein, daß niemand zu Schaden kommt.⁵⁴⁾

49) Weitere Fälle der Lex Visog.: VIII 2, 1 (WOHLHAUPTER S. 205/206) Haftung für Brandlegung durch den Knecht; VIII 3, 10 (WOHLHAUPTER S. 215): Haftung, wenn der Knecht einen Acker verwüstet, indem er das Vieh seines Herrn auf das Feld treibt. In allen diesen Fällen tritt die Haftung des Herrn jedoch nur ein, wenn dieser hierzu einen Befehl gegeben hatte oder von dem Verhalten wußte.

50) Lex Salica 36 (ECKHARDT S. 106/107): "Si quis homo ex quolibet quadrupedem domesticum fuerit occisus et hoc per testibus fuerit adprobatum"

51) Lex Visog. VIII 3, 11 und 13 (WOHLHAUPTER S. 215 und 217)

52) Lex Visog. VII 4, 20 (WOHLHAUPTER S. 233)

53) GLASER, Abhandlungen II, S. 341

54) Lex Visog. VIII 4, 22 und 23 (WOHLHAUPTER S. 233) und GLASER aaO. S. 342/343

Ein besonderer Fall der Nichthinderung eines bevorstehenden Verbrechens mag hier noch erwähnt werden. So bestraft die Lex Visigothorum jeden, der von einem Diebstahl vor der Tat Kenntnis hat, als Dieb. 55)

Die bisher offengelassene Frage, ob das Strafrecht der fränkischen Zeit unechte Unterlassungsdelikte kennt, kann unbedenklich bejaht werden. Die Haftung des Herrn für seinen Knecht, der mit seinem Wissen eine strafbare Handlung begeht, findet ihren Grund darin, daß der Knecht ein Gewaltunterworfener seines Herrn ist. Die Haftung für Tiere und andere leblose Sachen ist selbstverständlich. Anders verhält es sich dagegen, wenn die bloße Kenntnis von einem beabsichtigten Diebstahl zur Bestrafung wegen desselben führen soll. Diese weite Haftung mag sich aus den damaligen besonderen Lebensverhältnissen herleiten lassen.

Allgemeine Regeln über eine Rechtspflicht zum positiven Tun enthält das Strafrecht der fränkischen Zeit nicht. Es ist jedoch erkennbar, daß nicht jede Unterlassung eine strafrechtliche Haftung begründete.

3. Das Strafrecht des späten Mittelalters bis zum Eindringen fremder Rechte

Mit dem Beginn des 12. Jahrhunderts stellt sich erneut die Forderung nach geschriebenem Recht. Das Versagen der Staatsgewalt hatte auch die Anwendung der Volksrechte der fränkischen Zeit beseitigt. Herrschend war wieder das Gewohnheitsrecht, das sich zersplittert und uneinheitlich zeigte. Die Reichsgesetzgebung selbst beschränkte sich darauf, nur auf einigen Gebieten, so z.B. hinsicht-

55) Lex Visog. VII 2, 7 (WOHLHAUPTER S. 179): "Non solum ille, qui furtum fecerit, sed etiam et quicumque conscius fuerit, in numero furantim habeatur et simili vindicta subiaceat."

lich des Fehderechts, in den sog. Landfrieden einzuschreiten. So ist es nicht verwunderlich, daß zu Beginn des 13. Jahrhunderts die Fortentwicklung des Strafrechts allein durch die Partikulargesetze erfolgte. Die einzelnen Landesfürsten nahmen das Recht selbständiger Gerichtsgewalt für sich in Anspruch. Ebenso erlangten die Städte eigene Gerichtsgewalt über ihre Bürger. Hierin allein ist die Ursache der in der Folgezeit in großem Umfange geschaffenen Stadt- und Landesrechte zu finden.

Gegenüber den Volksrechten der fränkischen Zeit weisen die nun geschaffenen Rechtsbücher keinen grundlegenden Unterschied auf. Das Unterlassen als eine Erscheinungsform strafbaren Verhaltens ist bekannt. Die Zahl der Unterlassungsdelikte ist wegen der besonderen Form des Gemeinschaftslebens - "wegen des starken genossenschaftlichen Elementes im mittelalterlichen Gemeinwesen und wegen der unsicheren Grenze zwischen Recht und Sitte" ⁵⁶⁾ sogar besonders groß. Auch hier läßt sich die Haftung für das Verhalten anderer ⁵⁷⁾ und die Haftung für Tiere ⁵⁸⁾ und andere gefährliche Gegenstände erkennen.

4. Das Strafrecht von der Carolina bis zur Mitte des 18. Jahrhunderts

Eine völlig andere Bearbeitung des Strafrechts beginnt mit der Rezeption des römischen und kanonischen Rechts. Vollzog sich die Rezeption im Privat- und Zivilprozeß gewohnheitsrechtlich, so führte sie auf dem Gebiet des

56) HIS, Strafrecht des deutschen Mittelalters, S. 40

57) Nach Art. 86 des Freisinger Rechtsbuchs (CLAUBEN, Freisinger Rechtsbuch, S. 57) wird der Wirt bestraft, der die in seinem Hause geschehende Notzucht nicht hindert.

58) Sachsenspiegel II. Buch Art. 40 spricht die Haftung des Eigentümers für den durch seine Tiere verursachten Schaden aus.

Straf- und Strafprozeßrechts zur Reichsgesetzgebung
"und damit zu dem gewaltigen Vorzug fester gesetzlicher Grundlagen". 59) Zunächst entstehen auf der Grundlage des fremden Rechts Partikulargesetze wie z.B. die Wormser Reformation (1498) und die Halsgerichtsordnungen für Tirol (1499) und Radolfzell (1506). Grundlegend für die Folgezeit wird die von dem fränkischen Ritter Johann Freiherr zu SCHWARZENBERG und HOHENLANDSBERG geschaffene Constitutio Criminalis Bambergensis aus dem Jahre 1507. Auf ihr beruht die Peinliche Gerichtsordnung Karls V. von 1532 (Constitutio Criminalis Carolina -CCC-), die in einigen deutschen Bundesstaaten im Grunde bis in die Mitte des 19. Jahrhunderts galt.

a. Das Strafrecht der Carolina

Die Carolina enthält sowohl strafprozeßrechtliche als auch strafrechtliche Bestimmungen. Allgemeine Grundsätze über die Strafbarkeit des Unterlassens fehlen jedoch. Bei der Beihilfe, die in Art. 177 geregelt ist, spricht das Gesetz nur davon, daß "... jemand ein Missethäter zu Übung einer Missethat einigerley Hülff/ Beystand / oder Förderung / wie das alles Nahmen hat / thut / ist peinlich zu straffen" 60) Ob eine Beihilfe also auch durch Unterlassen begangen werden kann, ergibt der Wortlaut des Gesetzes nicht.

Das Unterlassen wird dann aber bei der Kuppelei erwähnt. Hier bestraft das Gesetz denjenigen, der sein "Eheweib / oder Kinder / um einigerley Genieß willen / wie der Nahmen hat / williglich zu unehrlichen / unkeuschen und schändlichen Wercken gebrauchen läßt" 61)

59) v. HIPPEL, Strafrecht I, S. 163

60) Art. 177 und die übrigen aus der Carolina angeführten Artikel werden hier so zitiert, wie sie sich bei KRESS, Commentatio, finden.

61) Art. 122

Der dargestellte Wortlaut des Gesetzes läßt deutlich erkennen, daß bei diesem Tatbestand schon das Unterlassen, das rein passive Verhalten, zur Strafbarkeit führen soll. Ähnlich ist es in Art. 123 bei der Kuppelei hinsichtlich anderer Personen. Einen weiteren Fall eines Unterlassungsdelikts enthält auch Art. 136, der die Haftung für ein schädliches Tier ausspricht.

b. Die Bearbeitung des Strafrechts auf
der Grundlage der Carolina

Das Vorhandensein eines Reichsgesetzes wies auch der Strafrechtswissenschaft den Weg in der Methode der Bearbeitung. Überwiegend wird nun die Kommentierung der Carolina gewählt.

aa. Die Stellungnahme CARPZOVs und LEYSERS

Einer der zunächst einflußreichsten Juristen seiner Zeit ist Benedict CARPZOV. Seine "Practica nova" sind nicht eine Neuschöpfung, sondern eine "wissenschaftliche Darstellung des bestehenden Rechts auf Grund der Carolina", ⁶²⁾ die vor allem auch die Praxis berücksichtigen. So geben gerade die "Practica nova" eine gute Übersicht über die damalige Rechtsprechung.

CARPZOV berichtet von zwei Fällen der Tötung durch Unterlassen aus den Jahren 1603 und 1624. Im ersten Falle hatte der betrunkene Vater sein Kind mit ins Bett genommen und dieses erdrückt. Aber auch die Pflegerin

62) v. HIPPEL, Strafrecht I, S. 228

des Kindes wurde bestraft: ⁶³⁾

"..... daran auch die Magd / so des Kindes
halben gemietet / etlicher massen Schuld gehabt /
daß sie ihm / als einem trunckenen Manne das
Kind folgen lassen /"

Dem zweiten aus dem Jahre 1624 stammenden Fall lag
folgender Sachverhalt zugrunde: ⁶⁴⁾ Die Verurteilte
hatte ihr Stiefkind mit heißem Wasser verbrannt,
während der Vater dies geschehen ließ. Die Entschei-
dung geht dahin:

"So wird die verhaifte M. R. derowegen / daß sie
ihr Stieff Kind übel gehalten / mit heissem
Wasser verbrand / uff 5. Jahr des Landes billich
verwiesen / daraus ihr Ehemann / weil er dem Weibe
nicht untersagt / wie sie sich gegen de Kinde be-
zeigen sollen / un gleichsam geschehen lassen /
daß das Kind also verderbet worden / er
auch selbstn "

bestraft wird.

An anderer Stelle ⁶⁵⁾ stellt CARPZOV das Verschmachten-
lassen eines Kindes durch die Mutter dem positiven Tun
gleich.

Es ist möglich, daß die bisherigen Ausführungen durch-
aus den Eindruck entstehen lassen, daß das Unterlassen
wie im römischen Strafrecht nicht in jedem Falle straf-
bar ist, sondern nur bei Vorliegen besonderer Umstände.

63) Pract. nov. Pars I Qu. XV, 36

64) aaO. Pars I Qu. XV, 37

65) aaO. Pars I Qu. X, 9: "So möchte deswegen /
daß sie ihr Kind also dolose un fürsezlichen umb-
kommen und verschmachten lassen / und es eben dafür
halten / als wenn sie es ermordet und umbracht /
und selbstn Hand angelegt hätte"

Daß ein solcher Schluß verfehlt wäre, zeigen CARPZOVs Ausführungen zu dem Fall der Nichthinderung eines Verbrechens.

Zunächst erklärt er zwar, die bloße Mitwisserschaft von einer Straftat sei nicht strafbar, da niemand verpflichtet sei, das strafbare Verhalten eines anderen zu offenbaren.⁶⁶⁾ Diesen Grundsatz schränkt er dann jedoch wieder ein, wenn er auch die bestrafen will, die ein noch zu Ende zu führendes Verbrechen - gemeint ist wohl ein bereits begonnenes - nicht verhindert haben, obwohl sie es konnten. Dies, so führt CARPZOV aus, gelte am meisten für solche Personen, die aus bestimmten Verhältnissen Gewalt über andere haben. Aber sie sollen auch die Delikte der "aliorum" und nicht nur der "suorum" hindern.⁶⁷⁾ Die Nichtanzeige bereits begangener Verbrechen will er bei den schwersten Delikten, wie z.B. Mord und Raub, bestrafen.⁶⁸⁾ Jedoch soll die Strafe gegenüber der ordentlichen gemildert werden.

Es läßt sich also feststellen, daß CARPZOV von einer sehr weiten Verbindlichkeit, strafbares Unrecht zu verhindern, ausging.⁶⁹⁾ Hierfür waren aber wohl nur polizeiliche Gründe maßgebend. Dies kommt besonders deutlich in dem von ihm selbst genannten Beispiel zum Ausdruck, in dem ein Wirt bestraft wird, der das Kartenspiel der Gäste in seinem Lokal duldete.⁷⁰⁾

66) aaO. Pars III Qu. CXXXIV, 56: ".... siquidem nemo tenetur delictum alterius revelare."

67) aaO. Pars III Qu. CXXXIV, 63

68) aaO. Pars III Qu. CXXXIV, 66

69) So auch SCHAFFSTEIN, Allgemeine Lehren, S. 57

70) aaO. Pars III CXXXIV, 20: "..... daß durch das Spielen/ viel Raub / Mord und Ubel erwächst / und in sonderheit die jungen Leute gemeiniglich in die Lotterey geraten/"

Die Annahme einer so weit gehenden Hinderungspflicht kann jedoch nicht als die damals allgemeine Meinung angesehen werden. So geht. z.B. RAUCHDORN davon aus, daß grundsätzlich niemand verpflichtet sei, die Delikte eines anderen zu hindern.⁷¹⁾ Diesen Unterschied betont er scharf im Gegensatz zum geistlichen Recht. Eine Ausnahme von diesem Grundsatz nimmt er an, wenn der Knecht seinen angegriffenen Herrn nicht verteidigt, bei Majestätsbeleidigung und Meuterei, wenn Blutsverwandte untereinander Mordpläne, von denen sie erfahren haben, nicht offenbaren.⁷²⁾

Ebenso ist die Stellungnahme LEYSERS im Hinblick auf die hier interessierende Frage unergiebig. Auch er kennt Unterlassungsverbrechen. So sieht er z.B. den häufigsten Fall des Kindesmordes in der unterlassenen Pflege und Wartung des Kindes durch die zur Alimentation Verpflichteten.⁷³⁾ Allgemein nimmt er zu dem Fall der Nichthinderung eines Tötungsdeliktes Stellung.⁷⁴⁾ Die Unterlassung der Verhinderung eines solchen will er milder bestrafen als die Herbeiführung durch positives Tun. Er entscheidet sich also ähnlich wie CARPZOV. Der Begriff der Rechtspflicht ist ihm unbekannt.⁷⁵⁾

71) Practica, Teil III S. 51: "..... Ob aber einer sieht das jr. zwene mit einander schlagen / und derselbige aus nachlessigkeit nichts darzu thut / auch nicht wehret noch scheidet / ob ers gleich wohl thun könnte / bleibt er doch dessen ohne straff undschaden / angesehen das zu weltlichen Recht niemand schuldig ist / einer missethat zu begegnen / und anderer Schaden / durch seine Kegenwehr..... abzuwenden."

72) aaO. S. 52

73) Meditationes, Spec. 611 med. 35

74) aaO. Spec. 612

75) Vgl. im übrigen GLASER, Abhandlungen II, S. 351 - 354

bb. Die Stellungnahme von KRESS

Ebenso wie CARPZOV beschäftigt sich auch KRESS mit der Strafbarkeit des Unterlassens am jeweiligen Tatbestand. ⁷⁶⁾ Insoweit unterscheidet sich KRESS nicht von CARPZOV und LEYSER.

Jedoch untersucht er den Fall der Nichthinderung eines Verbrechens ausführlich. Der Grundsatz, von dem KRESS ausgeht, ist der, daß die Nichthinderung eines Verbrechens nur dann strafbar ist, wenn eine Rechtspflicht zum positiven Tun (der Verhinderung des Verbrechens) vorhanden ist. ⁷⁷⁾ An anderer Stelle gibt KRESS auch darüber Auskunft, wann eine solche Rechtspflicht zum Handeln vorliegt. ⁷⁸⁾ Hier unterscheidet er dann zwischen leichteren (*delicta levius*) und schwereren Verbrechen (*delicta gravia*). Letztere ziehen immer eine arbiträre Strafe nach sich. Hinsichtlich der leichteren Verbrechen spricht KRESS den folgenden Grundsatz aus, daß derjenige, der ein solches Verbrechen nicht hindert, in der Regel nicht strafbar ist. ⁷⁹⁾ Zur Begründung beruft er sich darauf, daß eine weite Hinderungspflicht mehr dem Gebiet der Ethik als dem des Strafrechts angehöre. ⁸⁰⁾

76) So z.B. in: *Commentatio*, Art. 122 not. § 2, 3 (Begehung der Kuppelei durch Unterlassen); Art. 131 not. § 1, 3 (Begehung des Kindesmordes durch Nichtabbinden der Nabelschnur)

77) aaO. Art. 177 not. 2, 5: "..... si sciens volens non impedit sceleratum, quem tamen impedire de jure debebat"

78) aaO. Art. 177 regula IX, 6

79) aaO. : Ratio autem, quare non prohibens, vel intercedens, regulariter non puniatur"

80) aaO. : "....., quod magis ad Ethicae, quam jurisprudentiae scholam pertinet."

Als solche schweren Delikte, bei denen ein Einschreiten immer gefordert wird, sieht KRESS an: *crimina laesae majestatis, parricidii et incendii*. Hinsichtlich der Rechtspflicht zum Handeln bei den leichteren Delikten führt er aus, daß die eigentümliche Stellung bestimmter Personen oft die Verhinderung von Verbrechen erfordere, daß dann aber die Hinderung der Straftat nicht mehr der Entscheidung des einzelnen überlassen, sondern zur Vorschrift und Pflicht erhoben sei. So müsse der Fürst den Räubereien in seinem Lande und der Hausherr den Straftaten seiner Familienangehörigen entgegen treten. Die Schildwache müsse den Feind abhalten und der Sklave seinen angegriffenen Herrn verteidigen.⁸¹⁾ Aber auch hier sei nur eine arbiträre Strafe auszusprechen.

Von den bisher genannten Autoren unterscheidet sich KRESS erheblich. Er beschäftigt sich mit der Strafbarkeit des Unterlassens in besonders ausführlicher Weise. Insbesondere der Hinweis, daß eine allgemeine Hinderungspflicht eine ethische Verbindlichkeit wäre, läßt erkennen, daß hier schon - wie SCHAFFSTEIN hervorgehoben hat -⁸²⁾ Gedankengut der beginnenden Aufklärung erscheint.

GLASER⁸³⁾ wirft KRESS vor, daß dieser nicht erörtert habe, wann eine rechtliche Verpflichtung zur Hinderung vorliege. Dieser Vorwurf trifft nicht zu.

81) aaO. Art. 177 regula IX, 6: "... Praeterea peculiaris personarum status saepe aliud postulat ut prohibitio mali non indifferens, sed praecepti atque officii sit v.c. si princeps non prohibet, aut impedit in suo territorio latrocinia, pater domo sua furta a familia commissa, vel alia scelera. Item si miles excubias agens non prohibet hostem intrantem, vel servi dominum aggredientes."

82) Allgemeine Lehren, S. 58

83) Abhandlungen II, S. 351

Deutlich spricht KRESS davon, daß die besondere Stellung (*peculiaris personarum status*) von Personen die Hinderung zur Pflicht mache. Damit aber wird der Entstehungsgrund einer Rechtspflicht in aller Schärfe genannt. Die Behauptung von KRESS, die besondere Stellung schaffe eine Rechtspflicht zum Handeln, ist nicht unbestimmter, als wenn man heute davon spricht, "persönliche Verhältnisse" bestimmter Personen würden eine Verbindlichkeit zum positiven Tun erzeugen.

GLASERS ⁸⁴⁾ Ausführungen, mit denen er die Ansicht von KRESS darstellt, erwähnen den allgemeinen Grundsatz, den KRESS seinen Beispielen voranstellt, nicht. Er berichtet allein die einzelnen Beispiele und übersieht dabei, daß es sich eben nur um Beispiele handelt, die einen allgemeinen Grundsatz erläutern sollen, selbst aber kein Prinzip enthalten.

cc. Die Stellungnahme BOEHMERS

Als erster Autor beschäftigt sich BOEHMER nicht nur mit der Kommentierung der Carolina. In seinen "*Elementa iurisprudentiae criminalis*" trennt er den Allgemeinen vom Besonderen Teil des Strafrechts. Im Allgemeinen Teil kennt er zwar den Unterschied zwischen den Begehungs- und Unterlassungsdelikten, ⁸⁵⁾ ohne diesen Unterschied jedoch zu verwerten. So erwähnt er z.B. die täterschaftliche Begehung eines Delikts durch Unterlassen nur bei dem jeweiligen Tatbestand, wie z.B. beim Kindesmord. ⁸⁶⁾

84) Abhandlungen II, S. 350/351

85) *Elementa*, Sect. I Cap. II § 29

86) BOLDT, Johann Samuel Friedrich Böhmer, S. 293

Mit der Frage der Strafbarkeit des Unterlassens beschäftigt sich BOEHMER eingehend bei dem Fall der Nichthinderung eines Verbrechens.⁸⁷⁾ Der Grundsatz, von dem er ausgeht, ist der, daß auch derjenige, der ein Verbrechen nicht verhinderte, obwohl er es konnte, zu dem Delikt beigetragen habe⁸⁸⁾. Jedoch werde dieser Tatbeitrag von den positiven Gesetzen nicht in jedem Falle für strafbar gehalten, denn niemand sei verpflichtet, den Delikten eines anderen entgegenzutreten oder einen anderen zu verteidigen.⁸⁹⁾ Wie KRESS unterscheidet dann auch BOEHMER zwischen den schweren (*delicta atrocia: scandaloso, incendii, parri- cidii, latrocinii*) und den leichten Delikten. Bei ersteren nimmt er immer eine Hinderungspflicht an, weil sie sich mehr gegen das öffentliche Wohl als gegen den einzelnen richten.⁹⁰⁾ Bei den übrigen Delikten erklärt er die Nichthinderung nur dann für strafbar, wenn eine besondere Beziehung (*vinculum speciale*) die Hinderung zur Pflicht mache. Hier nennt er dann das Verhältnis zwischen den Sklaven und dem Herrn und den Eltern und den Kindern.

BOEHMER knüpft mit seinen Ausführungen an KRESS an. Beide gehen übereinstimmend davon aus, daß bei den schwersten Delikten immer eine Verpflichtung zur Hinderung bestehe, im übrigen eine Rechtspflicht zum positiven Tun vorhanden sein müsse.

87) *Meditationes ad Art. 177 § VII*

88) aaO. : "Qui non impediunt, ..., influere in crimen, quod prohibere poterant, dubio caret"

89) aaO. : ".... Sed leges positive hunc fluxum omnino agnoscunt,, quia nemo tenetur delictis alienis obviare, alterumve defendere."

90) aaO. : ".... quod magis salutem publicam, quam privatos singulos laedit ..."

Es sei noch darauf hingewiesen, daß BOEHMER die Kausalität des Unterlassens besonders erörtert. Das Unterlassen ist für ihn kausal. Jedoch liegt nur eine causa moralis vor. Das ist eine solche, die den Erfolg nicht unmittelbar durch physische Tätigkeit eines Menschen hervorgebracht hat. Jedoch erklärt er auch die causa moralis für ausreichend und sieht somit in dem Begriff der Rechtspflicht allein ein Merkmal der Rechtswidrigkeit, wobei aber darauf hingewiesen werden muß, daß BOEHMER der dreiteilige Verbrechensaufbau unbekannt ist.⁹¹⁾

dd. Die Stellungnahme MECKBACHS

Allgemeine Regel über die täterschaftliche Begehung eines Delikts durch Unterlassen finden sich bei MECKBACH⁹²⁾ ebenso wenig wie bei bisher behandelten Autoren. Auch er erklärt, daß zur Verwirklichung des Tatbestandes des Art. 122 CCC ein bloßes Geschehenlassen genüge.⁹³⁾ Während er hier nur davon spricht, daß "der Vater seine Tochter dergleichen machen lässet",⁹⁴⁾ nimmt er ausdrücklich zu dem Fall des "Verschweigens" eines ausgebrochenen Feuers Stellung.⁹⁵⁾ MECKBACH weist darauf hin, daß derjenige, in dessen Haus ein Feuer ausgebrochen sei und dies verschweige, nicht deshalb bestraft werde, weil das Feuer in seinem Haus ausgebrochen sei, sondern deshalb, weil er durch das Ver-

91) Zur Frage der Kausalität vgl. BOLDT aaO. S. 290 ff.

92) In seinen 1721 erschienenen "Anmerkungen zur CCC".

93) aaO. zu Art. 122 und 123 S. 229

94) aaO. S. 229

95) aaO. zu Art. 125

schweigen Gefahr für Menschen und Sachen hervorrufe. 96)
So habe dann derjenige - so fährt MECKBACH fort -, der
das Feuer verschweige, ein "homicidium, wenn Leute da-
rüber verbrannt worden, omittendo begangen, in welchem
Fall ihm poena gladii zuzusprechen wäre. Denn derjenige,
der was anzuzeigen unterlässet, durch sein Anzeigen aber
die bevorstehende Gefahr und den Schaden hindern und
abwenden können, wird dafür gehalten, daß er solche
approbire, folgar wird ihm das factum und damnum
imputiert, weil er autor seu causa moralis von dem
vorgegangenen Schaden und Verbrechen ist." 97)

MECKBACH erörtert auch den Fall der Nichthinderung
eines Verbrechens. 98) Hier ist seine Stellungnahme
unklar.

Er geht zunächst von der Digestenstelle 99) aus, wo-
nach derjenige, der ein Verbrechen nicht verhindern
konnte, nicht bestraft werden kann 100). So könne dem
Sklaven ein Verbrechen seines Herrn, das er nicht ver-
hindert habe, nicht zugerechnet werden, "weil er keine
Freyheit gehabt, solches zu hindern, denn die potestas
dominica hat ihn davon abgehalten." 101)

Aus dieser Digestenstelle zieht MECKBACH dann den
Schluß - er sagt wörtlich: "A contrario aber" - 102)
daß derjenige, der ein Verbrechen nicht verhindert habe,
das er hindern konnte, bestraft werden müsse.

Diese Ausführungen lassen vermuten, daß MECKBACH den

96) aaO. S. 231/232

97) aaO. S. 232

98) aaO. Anmerkungen zu Art. 177

99) Siehe Seite 6 Anm. 12

101) aaO. S. 358

102) aaO. S. 359

Begriff der Rechtspflicht nicht kennt. Jedoch fährt er dann fort: ¹⁰³⁾

"Es ist aber einer eine Uebelthat zu hindern
schuldig vel ex officio et iustitia, vel
charitate."

Diesen Grundsatz erläutert MECKBACH dann anhand von Beispielen:

Ex iustitia sei z.B. der Richter verpflichtet, das Zeugnis dessen, der falsche Aussagen gemacht habe, nicht für die Urteilsfindung zu verwerten. ¹⁰⁴⁾

Ex officio müsse der Pastor dem Aberglauben und andern Verbrechen entgegentreten. ¹⁰⁵⁾

Eine Verpflichtung ex charitate nimmt MECKBACH überall da an, wo eine der besonderen Verbindlichkeiten nicht vorliegt. Jedoch soll in diesem Fall eine mildere Strafe (poena extra-ordinaria) ausgesprochen werden.

MECKBACH geht also von einer allgemeinen Hinderungspflicht aus, erkennt den verschiedenen Rechtspflichten aber unterschiedliche Rechtswirkungen zu.

ee. Die Stellungnahme v. FRÖHLICHSBURGS

In seinem im Jahre 1759 erschienenen Kommentar zur Peinlichen Halsgerichtsordnung setzt sich v. FRÖHLICHSBURG mit dem Fall der Nithinderung eines Verbrechens auseinander. Er erörtert diese Frage sowohl beim Tatbestand des Totschlags ¹⁰⁶⁾ als auch bei dem des Kindesmordes. ¹⁰⁷⁾

103) aaO. S. 359

104) aaO. S. 359/360

105) aaO. S. 360

106) Commentarius, S. 130 ff.

107) aaO. S. 166 ff.

Sein Ausgangspunkt bei der Beantwortung der Frage, ob jemand rechtlich verpflichtet sei, eine Tötung zu verhindern, ist der, daß eine solche Verbindlichkeit nach weltlichem Recht grundsätzlich nicht bestehe.¹⁰⁸⁾ Im einzelnen führt v. FRÖHLICHSBURG hierzu aus:¹⁰⁹⁾

"Nach Geistlichen Rechten und im Gewissens=Zwang ist jedwederer aus Antrieb und nach Ausweisung der Liebe des Nächsten, er seye auch wer er wolle, schuldig und verbunden, seinen Nächsten aus der Gefahr zu erretten, daferne es ohne besondere Mühe, oder sorglicher Ungelegenheit, anständiger Weise geschehen kann.

Da aber jemand solche Rettung unterließe, wäre es eine Sünde wider die Liebe des Nächsten, nicht aber wider die Tugend der Gerechtigkeit;

Von diesem Grundsatz, daß niemand verpflichtet sei, das Verbrechen eines anderen zu verhindern oder einem anderen zu helfen, macht v. FRÖHLICHSBURG aber einige Ausnahmen. So erkennt er die Pflicht des Leibeigenen an, seinen Herrn zu verteidigen. Ebenso seien Vater und Sohn zu gegenseitiger Hilfe verpflichtet. Neben diesen Beispielen, die in persönlichen Verhältnissen ihren Grund finden, nennt v. FRÖHLICHSBURG dann noch das

108) aaO. S. 130 unter Ziffer 9: "Wiewolen niemand verbunden, dem Nächsten Hülffe zu leisten, sondern eines jeden Willkühr überlassen wird, seinem bedrängtesten Nächsten Hülffe zu leisten, oder ihne zu verlassen; ja, wann einer gleich die That hätte abwehren mögen, und aber solches nicht vollzogen hätte, wäre er dessentwegen nach weltlichen Rechten nicht zu straffen."

109) aaO. S. 131 unter Ziffer 10

Verbrechen der beleidigten Majestät, welches jeder verhindern muß. ¹¹⁰⁾

Die hier beim Totschlag dargestellten Grundsätze werden beim Kindesmord wiederholt. ¹¹¹⁾ Für v. FRÖHLICHSBURG ist die Hauptfrage die Unterscheidung zwischen dem weltlichen und geistlichen Recht, die schon RAUCHDORN ¹¹²⁾ betont hatte. Jedoch geht v. FRÖHLICHSBURG auf diese Frage gründlicher und ausführlicher ein.

In seinen übrigen Ergebnissen unterscheidet er sich im Grunde nicht von KRESS und BOEHMER. Auch er trennt die leichteren von den schwereren Verbrechen, wenn er für das crimen laesae majestatis eine allgemeine, jeden treffende Hinderungspflicht ausspricht, ohne diese Unterscheidung jedoch, wie es KRESS und BOEHMER getan hatten, hervorzuheben. Im Gegensatz zu BOEHMER sieht er den Totschlag nicht als ein solches schweres Verbrechen an.

V. Zusammenfassende Betrachtung über die Behandlung des Unterlassens bis zur Mitte des 18. Jahrhunderts

Vorausgeschickt sei zunächst, daß die hier gewählte Einteilung der Zeitepoche nicht unbedingt die zu vermutende zeitliche Grenze einhält. So stammen z.B. BOEHMERs "Meditationes" aus dem Jahre 1774. Die hier gewählte Gliederung findet ihren Grund darin, daß etwa von der Mitte des 18. Jahrhunderts an die dogmatische Betrachtung

110) aaO. S. 130/131 unter Ziffer 10

111) aaO. S. 166/167 unter Ziffer 5

112) Siehe Seite 24

tung des Strafrechts beginnt. In diesem Sinne allein soll die hier gewählte Einteilung der Zeitepochen verstanden werden.

Betrachtet man rückschauend den bisher behandelten Zeitabschnitt, so drängt sich die Erkenntnis auf, daß mit der Schaffung der Carolina die strafrechtlichen Untersuchungen in ihre erste entscheidende Phase traten. Das römische Recht kannte allgemeine Erörterungen - mit Ausnahme der genannten Digestenstelle - nicht. ¹¹³⁾ Im Recht des "Corpus iuris canonici" war für derartige Überlegungen kein Raum, weil jeder dem anderen gegenüber verpflichtet war. Das deutsche Strafrecht bis zur Rezeption war mit Gesetzgebungsarbeiten beschäftigt und damit allgemeinen Erörterungen gegenüber unaufgeschlossen.

Hier nun bringt die Carolina die große Wende. Die Gesetzgebungsarbeiten treten mehr und mehr in den Hintergrund. Dafür beginnt die wissenschaftliche Untersuchung des Strafrechts, die durch die Übernahme des fremden Rechts günstig beeinflußt wird. Und dennoch findet das, was bei Thomas von AQUINO und Johannes ANDREAE bereits zum Ausdruck gekommen ist, zunächst keinen Widerhall. Der Begriff der Rechtspflicht, von dem beide schon gesprochen hatten, wird von der deutschen Strafrechtswissenschaft neu erarbeitet. Hierbei geht man freilich auf das fremde Recht zurück.

Die Rezeption hatte nicht nur das römische Recht der deutschen Strafrechtswissenschaft zugänglich gemacht, sondern auch das kanonische Strafrecht dem deutschen Rechtsdenken überliefert. Beide Rechtssysteme, die gerade im Hinblick auf die hier interessierende Frage

113) Siehe Seite 5

zu gegensätzlichen Äußerungen gekommen waren, nötigen die deutsche Strafrechtswissenschaft zu einer Entscheidung in der einen oder anderen Weise. Daß die Untersuchungen zunächst an dieser Gegensätzlichkeit des römischen und kanonischen Strafrechts beginnen, zeigt sich deutlich bei RAUCHDORN. Selbst v. FRÖHLICHSBURG geht viele Jahre später auf diesen Unterschied ein. Beide lehnen das kanonische Strafrecht im Hinblick auf die hier interessierende Frage ab und entnehmen den Inhalt des Begriffs der Rechtspflicht dem römischen Strafrecht. Interessant ist, daß MECKBACH, der auch vom römischen Recht ausgeht, diesem eine weite Hinderungspflicht entnehmen will.

KRESS spricht nicht mehr von dem Gegensatz zwischen dem weltlichen und dem kirchlichen Recht, sondern von der Trennung des Strafrechts von der Ethik. Auch er entnimmt dem römischen Recht seinen Begriff der Rechtspflicht. Er kann als der Autor bezeichnet werden, der mit aller Schärfe die obligatio als Voraussetzung für die Strafbarkeit der Unterlassung betonte. Ebenso folgt auch BOEHMER dem römischen Strafrecht. Besonders deutlich kommt dies auch bei MATTHAEUS ¹¹⁴⁾ zum Ausdruck. Auch er untersucht die Frage, ob die Nichthinderung eines Verbrechens strafbar ist. Hierbei stellt er zunächst die Unterlassungsdelikte des römischen Strafrechts zusammen und kommt zu dem Ergebnis, daß das Unterlassen grundsätzlich nicht strafbar sei.

Schon an dieser Stelle läßt sich sagen, daß das römische Recht auf die deutsche Strafrechtswissenschaft einen entscheidenden Einfluß ausgeübt hat.

114) De criminibus, Prolegomena Cap. I, 15

Zweiter Teil

Die Behandlung des Unterlassens von der Mitte des 18. Jahrhunderts an bis zur Rechtsprechung des Reichsgerichts

Hatte sich die Rechtslehre bisher - mit Ausnahme J. S. Fr. BÖHMERS ¹⁾ - im wesentlichen auf die Kommentierung der Gesetze beschränkt, so beginnt mit der Mitte des 18. Jahrhunderts für die Strafrechtswissenschaft ein neuer Abschnitt. Ursache hierfür war die dem Strafrecht gegenüber kritische Haltung der Naturrechtsbewegung. Sie gab Anlaß, die strafrechtlichen Lehren neu zu durchdenken und führte so zu dogmatischen Untersuchungen. Die Systematik und Dogmatik tritt in den Vordergrund der strafrechtlichen Überlegungen und führt so zu neuen Formen der Strafrechtswissenschaft ²⁾.

A. Die Stellungnahmen in der Literatur bis zum Beginn des 19. Jahrhunderts

Kennzeichen dieser systematischen und dogmatischen Untersuchungen des Strafrechts ist die Teilung in die allgemeinen Lehren des Strafrechts und die Erläuterungen der Tatbestände des Besonderen Teils. Zu den Lehren des Allgemeinen Teils des Strafrechts gehören z.B. Ausführungen über den Versuch eines Verbrechens und die Fragen der Teilnahme, die Einteilung der Delikte und die Unterscheidung der verschiedenen Strafarten.

Dabei ist jedoch zu berücksichtigen, daß sich die Autoren des ausgehenden 18. Jahrhunderts mit der dogmatischen Erörterung des gemeinen Strafrechts befassen. Hier sind zu nennen: ENGAU mit seinen "ELEMENTA iuris

1) Siehe Seite 27 ff.

2) Zum Ganzen: Eberhard SCHMIDT, Einführung in die Geschichte der Deutschen Strafrechtspflege, § 148, S. 161

criminalis Germanico-Carolini" (I), WESTPHAL mit seinem Lehrbuch "Das Criminalrecht" (II), KOCH mit seinen "Institutiones iuris criminalis" (III), Georg Christian Friedrich MEISTER mit seinen "Principia iuris criminalis Germanicae communis" (IV) und QUISTORP mit seinen "Grundsätzen des deutschen peinlichen Rechts" (V). Ebenfalls in diese Zeitepoche gehört GROLMANN mit seinen "Grundsätzen der Criminalrechtswissenschaft" (VI), dessen erste Auflage im Jahre 1798 erschien.

I. Die Stellungnahme ENGAUs

ENGAU ³⁾ beschäftigt sich mit der Strafbarkeit des Unterlassens unter Titel II, der überschrieben ist mit: "De delictis in genere". Er sagt nicht, wann die Unterlassung strafbar ist, sondern kennt nur neben vielen anderen Einteilungen der Straftaten auch die Unterscheidung zwischen Begehungs- und Unterlassungsverbrechen. Er führt hierzu aus: ⁴⁾

"Et quia lex tam praecipiendo quam prohibendo, mox omnium mox certi cuiusdam generis hominum actiones dirigit: delicta (1) vel commissionis vel omissionis dicuntur esse."

ENGAU trifft die Unterscheidung zwischen Begehungs- und Unterlassungsdelikten, also nach dem Wortlaut des Gesetzes, danach, ob es sich um ein vorschreibendes oder verbietendes Gesetz handelt. Unterlassungsverbrechen sind nach ENGAU also diejenigen Verbrechen, bei denen das Gesetz die Vornahme einer bestimmten Handlung vorschreibt. Die Unterscheidung zwischen echten und unechten Unterlassungsdelikten kennt ENGAU nicht. So sieht sich ENGAU also genötigt, bei den unechten Unterlassungs-

3) Elementa iuris criminalis, 4. Auflage

4) aaO. § 15

delikten, die gesetzlich nicht geregelt sind, das Unterlassen am jeweiligen Tatbestand zu erörtern, wie z.B. beim Tatbestand des Kindermordes. ENGAU ⁵⁾ nimmt hierzu wie folgt Stellung:

"..... Itaque parricidam, seu, ut alii dicere malunt, infanticidam et illam habeo, quae infantem recens sibi natum (a) in aquam vel latrinam proiecit, (b) lectove supposuit, aut (c) illius umbilicum non ligavit, (d) nasumve compressit et c. sicque necavit".

ENGAU stellt also die positive Handlung, das Ertränken des Kindes, dem Unterlassen, der Nichtunterbindung der Nabelschnur, gleich. Wenn GLASER ⁶⁾ hierzu bemerkt, daß ENGAU das Wort "Unterlassung" nicht gebrauche, dürfte es sich hier lediglich um sprachliche Gründe handeln, da ENGAU ja - wie ausgeführt - das Unterlassungsdelikt kennt.

Diese Ausführungen ENGAUs, die auch in der 7. Auflage seines Werkes aus dem Jahre 1777 enthalten sind, zeigen nur insofern einen Fortschritt gegenüber früheren Autoren, als die dogmatischen Erörterungen zu einer Teilung zwischen Begehungs- und Unterlassungsdelikten geführt haben.

II. Die Stellungnahme WESTPHALS

WESTPHAL ⁷⁾ beschäftigt sich mit dem Unterlassungsdelikt, nachdem schon vorher das Gebiet der Unterlassung monographisch behandelt worden war. So hatte C. G. WINKLER in seiner im Jahre 1776 erschienenen Dissertation ⁸⁾

5) aaO. § 378

6) Abhandlungen II, S. 361

7) Das Criminalrecht, 1785

8) Zitiert bei CLEMENS, Unterlassungsdelikte, S. 8.
Die Dissertation war dem Verfasser nicht zugänglich.

die Strafbarkeit des Unterlassungsdelikts behandelt. Während WINKLER deshalb in seiner Untersuchung scheiterte, weil er keinen Unterschied zwischen dem Begehungs- und Unterlassungsdelikt fand ⁹⁾, beschäftigt sich WESTPHAL mit Erfolg mit der Strafbarkeit des Unterlassens. Er stellt zunächst in § 1 zur siebenten Anmerkung, in der er sich mit der Strafbarkeit der Omission auseinandersetzt, fest, daß Verbrechen auch "omittendo begangen" werden können. Gegenüber ENGAU führt er dann in § 2 aus: "Es wird dabey eine besondere Pflicht, nicht müßig zu seyn, vorausgesetzt". WESTPHAL erläutert dann seinen Standpunkt mit folgenden Worten: "Die Omissionen setzen allemal besondere Pflichten voraus, die der Strafbare auf sich hatte, das, was erfolgt ist, abzuwenden. Wo dergleichen besondere Pflichten nicht sind, da ist die Omissio kein Verbrechen."

Im Gegensatz zu ENGAU begnügt sich WESTPHAL nicht mit der bloßen Unterscheidung zwischen Begehungs- und Unterlassungsverbrechen. Was bisher nur für die Strafbarkeit der Nichthinderung eines Verbrechens ausgesprochen worden ist, überträgt er auf die täterschaftliche Begehung eines Unterlassungsdelikts. Welche Verhältnisse aber eine solche Pflicht begründen wollen, gibt WESTPHAL nicht an.

III. Die Stellungnahme Johannes Christoph KOCHs

KOCH unterscheidet die Begehungs- und Unterlassungsverbrechen danach, ob es sich um ein befehlendes oder verbietendes Gesetz handelt. Im ersten Fall spricht er von einem Unterlassungsdelikt, erkennt aber dieser Unterscheidung wenigen

9) So CLEMENS aaO. S. 8

Nutzen zu ¹⁰⁾.

Der Begriff der Rechtspflicht zum positiven Tun erscheint dann wieder bei der negativen Teilnahme. Hier führt er aus: ¹¹⁾

"Durch die Unterlassung einer Handlung wird jemand ein Gehülfe, wenn er entweder der ihm wegen einer besonderen gesetzlichen Vorschrift, (welches zum Beispiel bei der Gotteslästerung der Fall ist) oder wegen seines Amts aufliegenden Verbindlichkeit, das Verbrechen zu entdecken, ungeachtet, dasselbe verhehlt; wenn er das Verbrechen nicht hindert, im Falle eine besondere Verbindlichkeit, entweder in Ansehung des Beleidigten, das Uebel von diesem abzuwenden, da war; oder wenn das Geseß namentlich verordnet, daß jeder das Verbrechen hindern solle, welches z.B. bei dem Zweikampf der Fall ist; wenn er die Verbrecher nicht straft u. s. f."

IV. Die Stellungnahme MEISTERS

Interessant ist, daß MEISTER in der zweiten Auflage seiner "Principia iuris criminalis" ¹²⁾ die Einteilung der Straftaten in Begehungs- und Unterlassungsdelikte nicht vornimmt. Aber auch ihm ist die Unterlassung als strafbares Verhalten nicht unbekannt. Im III. Kapitel: "De personis delinquentibus" ¹³⁾, behandelt MEISTER die verschiedenen Formen, unter denen ein concursus ad

10) Institutiones iuris criminalis, 7. und 9. Auflage, deren Paragraphen sich bei den hier behandelten Fragen entsprechen. Hierzu ist eine deutsche Übersetzung unter dem Titel: Anfangsgründe des peinlichen Rechts, aus dem Jahre 1790 erschienen.

Auch hier entsprechen sich die Paragraphen.

11) aaO. § 50

12) Erschienen im Jahre 1792

13) aaO. § 40

delictum möglich ist. Danach kann die Beteiligung an dem Verbrechen eines anderen sowohl committendo als auch omittendo begangen werden.

In § 42 beschäftigt sich MEISTER mit dem geradezu klassischen Fall, ob die Nichthinderung eines Verbrechens zur Teilnahme führen kann. Seine Stellungnahme lautet dahin:

"Qui crimen alterius, quum possit, non impedit, hoc solo, delicti particeps secundum ius commune non fit, praeterquam eo in casu, quo specialis adest obligatio, aliorum delictis obsistendi, quae nititur partim in singulari personam nexu, vel ad delinquentis a crimine cohibitionem, obstringente, partim in speciali qualitate criminis, securitati publicae eximie noxii."

MEISTER erklärt also als Grundsatz, daß das bloße Nichthindern eine strafbare Teilnahme nicht begründen könne, es sei denn, daß eine besondere Verbindlichkeit, sich den Verbrechen anderer entgegenzustellen, bestehe. Diese Verbindlichkeit will MEISTER einzelnen persönlichen Verhältnissen, der übernommenen Verpflichtung zur Verteidigung des Angegriffenen, der besonderen Natur des Verbrechens und der außerordentlichen Schädlichkeit für die öffentliche Sicherheit entnehmen. Wenn MEISTER auf die besondere Natur des Verbrechens zurückgehen will, dürfte es sich hier um denselben Gedankengang handeln, der sich bei KOCH wiederfindet, der als Beispiel einer strafbaren Unterlassung die Nichtanzeige einer Gotteslästerung anführt ¹⁴⁾, und eine Verpflichtung "in Ansehung des Verbrechens" annimmt. Bei dem

14) KOCH, Anfangsgründe, § 50

von MEISTER angeführten weiteren Grund der besonderen Schädlichkeit dürfte es sich um das nach heutiger Ansicht echte Unterlassungsdelikt der unterlassenen Hilfeleistung handeln.

Da MEISTER die Frage nach der Strafbarkeit der Unterlassung allgemein nur für das Gebiet der Teilnahme beantwortet, muß auch er bei der täterschaftlichen Begehung eines Verbrechens durch Unterlassen besondere Ausführungen am einzelnen Tatbestand machen. So soll der Tatbestand des Kindermordes auch durch die Unterlassung des Verbindens der Nabelschnur verwirklicht werden können ¹⁵⁾.

In den folgenden Auflagen ¹⁶⁾ teilt MEISTER die Straftaten dann auch in Begehungs- und Unterlassungsdelikte. Abgesehen von sprachlichen Änderungen hat MEISTER seinen Standpunkt beibehalten, soweit es sich um die täterschaftliche Begehung eines Deliktes durch Unterlassen handelt. Hinsichtlich der Frage, ob das Unterlassen eine Teilnahme begründen kann, hat er sich später FEUERBACH angeschlossen und seine Stellungnahme ergänzt. Hierauf wird noch ¹⁷⁾ eingegangen.

V. Die Stellungnahme QUISTORPs

Auch QUISTORP ¹⁸⁾ teilt die Straftaten in Begehungs- und Unterlassungsdelikte, wobei zu bemerken ist, daß dies nur eine von vielen Unterscheidungen ist, die QUISTORP kennt. Jedoch untersucht er die Strafbarkeit der Unterlassung auch im Beriech der täterschaftlichen Begehung. Er sieht die Strafbarkeit der Unterlassung in

15) § 164: "... Inter varios illud,, committendi modos, pertinet quoque neclectio et privatio auxilii et curae debitae, velut per omissam funiculi umbilicaris deligationem.

16) Jeweils in § 29: 4. Auflage 1802; 5. Auflage 1811; 6. Auflage 1819

17) Siehe Seite 53

18) Grundsätze, 5. Auflage 1794, § 26

der Nichtbefolgung gewisser durch das Gesetz auferlegter Zwangspflichten ¹⁹⁾. Zur Begründung seiner Ansicht beruft sich QUISTORP ausdrücklich auf WESTPHAL. Die Unterscheidung zwischen Begehungs- und Unterlassungsverbrechen wird hier also wie von ENGAU ²⁰⁾ und KOCH nach dem Inhalt des jeweiligen Gesetzes getroffen.

Eine genaue Aussage macht QUISTORP aber hinsichtlich der Zwangspflichten. Wenn er die vom Gesetz auferlegten Zwangspflichten für die Strafbarkeit entscheiden lassen will, so ist in dieser Formulierung gleichzeitig enthalten, daß nur ein Gesetz diese Zwangspflicht begründen kann. Damit aber schränkt QUISTORP die Ausführungen WESTPHALS, auf die er sich beruft, ein, denn dieser hatte die Frage, aus welchen Umständen sich diese Zwangspflicht ergeben könne, nicht beantwortet.

Diesem Grundsatz QUISTORPs widersprechen jedoch die später folgenden Ausführungen, in denen er die Frage erörtert, ob die Nichthinderung eines Verbrechens strafbare Teilnahme begründen könne. QUISTORP ²¹⁾ führt hierzu aus:

"Eine eigentliche Theilnehmung kann jedoch niemals aus dem blossen Nichthindern erwachsen, wenn dieselbe entweder keine besondere Verbindung eingegangen worden,

Es bringet aber sodann das blosse Nichthindern schon eine Art der Theilnehmung hervor, wenn zur Leistung des Widerstandes entweder gewisse Standes- oder Berufspflichten, oder die Gesetze besonders verbinden sollten."

19) aaO. § 26. Der Begriff der Zwangspflicht ist hier und im folgenden dahin zu verstehen, daß er die Pflicht, etwas zu unterlassen oder zu tun, darstellt. Er entspricht bei den unechten Unterlassungsdelikten also dem Begriff "der Rechtspflicht zum Handeln."

20) Siehe Seite 37

21) aaO. § 61, S.

Als Beispiele für die Begründung einer solchen Pflicht werden angeführt: die Amtspflicht des Staatsdieners, für Sicherheit und Ruhe zu sorgen, die Pflicht der Ehemänner, Lehrmeister, Vormünder und Herrschaften, die Verbrechen der Kinder, Ehefrauen, Untergebenen und Dienstboten zu hindern.

Diese Ausführungen, die nur unechte Unterlassungsverbrechen betreffen, stehen im Widerspruch zu den vorangegangenen Feststellungen. QUISTORP nennt hier ausdrücklich Standes- und Berufspflichten. Gesetzliche Bestimmungen, die bei Berufspflichten eine Hinderung von Verbrechen vorschreiben, nennt QUISTORP aber nicht, sagt aber auch nicht, daß eine solche Pflicht aus einer bestimmten Stellung nur durch das Gesetz begründet werden könne.

Daß auch QUISTORP die Unterscheidung zwischen echten und unechten Unterlassungsdelikten unbekannt ist, ergibt sich daraus, daß er im gleichen Paragraphen auch denjenigen für strafbar erklärt, der einem anderen nicht hilft, der "durch einen unvermutheten Zufall in Todesgefahr" oder "sonst ein anderes Unglück" geraten ist. Hierbei dürfte es sich um echte Unterlassungsdelikte handeln, die der unterlassenen Hilfeleistung entsprechend dem heutigen § 330 c StGB vergleichbar sind

Obwohl QUISTORP - wie ausgeführt - die täterschaftliche Begehung eines Delikts durch Unterlassen allgemein behandelt, nimmt auch er ²²⁾ im Besonderen Teil zu der Frage Stellung, ob ein Totschlag durch Unterlassen begangen werden kann. Dies ist von QUISTORPs Standpunkt aus folgerichtig, da er die Verwirklichung

22) aaO. § 218

eines Begehungsdeliktes durch Unterlassen den Begehungsdelikten zurechnen müßte und es sich für ihn nur um die Begehungsart handelt.

Eines Totschlages soll sich nicht nur derjenige schuldig machen, der ihn durch gewaltsames Handanlegen herbeiführt, "sondern auch derjenige ist für einen Totschläger anzusehen, in welchem die moralische Ursache von dem gewaltsamen Tode eines anderen angetroffen wird". Hierunter rechnet QUISTORP das "pflichtwidrige Vorenthalten der nothwendigen Nahrungsmittel" und das Nichtverbinden der Nabelschnur bei Neugeborenen. Die gleichen Grundsätze wiederholt QUISTORP beim Kindesmord. ²³⁾

QUISTORPs Ausführungen, daß eine Zwangspflicht nur durch das Gesetz begründet werden könne, sind nur dann unangreifbar, wenn er die echten Unterlassungsdelikte meint. Sie allein sind in § 26 angesprochen, stimmen aber mit den weiteren Ausführungen über die Unterlassung nicht überein.

Somit hatte auch QUISTORP - wie alle anderen Autoren seiner Zeit - die Strafbarkeit der Unterlassung nicht im ganzen betrachtet. ²⁴⁾

VI. Die Stellungnahme GROLMANNs

GROLMANNs Standpunkt ist leicht bezeichnet. In § 29 seiner "Grundsätze der Criminalrechtswissenschaft" ²⁵⁾ teilt auch er die Delikte in Begehungs- und Unterlassungsverbrechen, fügt dann aber hinzu, daß diese Einteilung "weder auf die wissenschaftliche Darstellung noch auf die Rechtsgrundsätze selbst Einfluß" habe. Zu der Strafbarkeit des unechten Unterlassungsdelikts

23) aaO. § 269

24) Ebenso die 6. Auflage (1809)

25) 1. Auflage 1798

nimmt GROLMANN dann noch einmal bei der Frage Stellung, ob der Kindesmord auch durch Unterlassungen begangen werden kann. Seine Ausführungen sind bestimmt und bejahen diese Frage:

"Uebrigens ist es einerley, ob positive oder negative Handlungen der Mutter die Tödtung bewirkten. Bey den letzteren wird indessen die Tödtung öfters als bloss culpose erscheinen, welches auch bey der unterlassenen Verbindung der Nabelschnur, zumal bey Erstgebährerinnen, leicht der Fall sein kann."

Die folgenden Auflagen ²⁶⁾ bringen für die hier interessierende Frage nichts Neues.

VII. Stellungnahme zu den Erörterungen der Rechtslehre des ausgehenden 18. Jahrhunderts

Bei einer Betrachtung der Erkenntnisse der Rechtslehre des ausgehenden 18. Jahrhunderts fällt auf, daß das Unterlassen als ein strafbegründendes Verhalten sowohl bei der täterschaftlichen Begehung eines Deliktes als auch bei der Beihilfe erörtert wird. Das Unterlassen als eine Erscheinungsform des Handelns wird zur Einteilung der Delikte in Begehungs- und Unterlassungsverbrechen verwendet. Ebenso wird die Beihilfe durch positive Handlungen von der durch ein Nicht-Handeln getrennt. Dabei wird die Unterscheidung jedoch nicht einheitlich nach denselben Kriterien durchgeführt. Das Begehungsdelikt soll sich vom Unterlassungsverbrechen nach dem Inhalt der Strafgesetze unterscheiden, je nachdem ob die Vornahme einer Handlung oder die Unterlassung einer solchen strafbar ist. Dagegen richtet sich die Einteilung der Beihilfe in positive

26) So z.B.: 2. Auflage, 1805; 4. Auflage, 1825

und negative danach, ob die Förderung der Tat im Einzelfall in einem Unterlassen oder einem Tun liegt. Der Grund dieser unterschiedlichen Einteilung findet sich darin, daß sich bei der täterschaftlichen Begehung die Unterscheidung nach dem jeweiligen Norminhalt anbietet. Diese Möglichkeit der Einteilung besteht bei der Beihilfe als einem allgemeinen Rechtsinstitut nicht. Es fehlt eben das spezielle Gesetz, das eine andere Einteilung - wie bei der täterschaftlichen Begehung - ermöglichen könnte.

Für die täterschaftliche Begehung eines Deliktes durch Unterlassen hat erstmals WESTPHAL das Erfordernis der Zwangspflicht hervorgehoben und damit auch QUISTORP zu seinen Ausführungen Anlaß gegeben.

Wenn die anderen Autoren die Zwangspflicht zum Handeln bei der Teilnahme, dem Fall der Nichthinderung eines Verbrechens, erörtern, liegt dies wohl allein daran, daß diese Frage die Rechtswissenschaft zu allen Zeiten beschäftigt hat ²⁷⁾. Bei der Betrachtung der einzelnen anerkannten Rechtspflichten muß jedoch berücksichtigt werden, daß sie im Rahmen der vorliegenden Untersuchung, die die Rechtspflicht bei den unechten Unterlassungsdelikten behandelt, kritisch zu betrachten sind. Allein die Tatsache, daß die Zwangspflicht bei der Frage der Beihilfe behandelt wird, wird kaum den Schluß zulassen, daß alle diese Rechtspflichten zum Handeln solche mit der Verpflichtung zur Erfolgsabwendung sind, denn das Problem der strafrechtlichen Haftung für das Unterlassen taucht bei keinem der genannten Autoren auf. Lediglich bei QUISTORP erscheinen Andeutungen in dieser Richtung. Er spricht ausdrücklich nur von einer

27) So im römischen Strafrecht, Seite 6 Anm. 12
im kanonischen Strafrecht, Seite 11
im deutschen Strafrecht, Seite 23, 25 ff., 28,
30, 32

"Art der Theilnehmung" und stellt gleichzeitig fest, daß das bloße Nichthindern eines Verbrechens eine "eigentliche Theilnehmung" nicht begründen kann ²⁸⁾.

Zuzugeben ist, daß das Bemühen um die Rechtspflicht zum Handeln nicht erfolglos geblieben ist. Der eigentliche Mangel der Erörterungen der Rechtslehre des ausgehenden 18. Jahrhunderts liegt darin, daß im Bereich des Unterlassens das Problem der strafrechtlichen Haftung nicht erkannt wurde.

B. Die Stellungnahmen in der Literatur bis zur Mitte des 19. Jahrhunderts

Hatte sich die Rechtslehre des ausgehenden 18. Jahrhunderts schon bemüht, das Strafrecht dogmatisch und systematisch darzustellen, so führt die Strafrechtslehre des 19. Jahrhunderts diese grundsätzlichen Überlegungen fort. Die Aufklärungsphilosophie, die ins Strafrecht Eingang findet - FISCHL ²⁹⁾ bezeichnet die Strafrechtswissenschaft als "Führerin und Trägerin" der Aufklärung - zwingt zu neuer Untersuchung des Strafrechts und hat z.B. die Umgestaltung des Strafsystems, die Änderung des Strafvollzugs und der Strafzwecke zum Gegenstand ³⁰⁾. Es ist kein Zufall, wenn KLEINSCHROD in seinem dreibändigen Werk über die "Systematische Entwicklung der Grundbegriffe und der Grundwahrheiten des peinlichen Rechts" insbesondere Fragen des Allgemeinen Teils des Strafrechts untersucht.

I. Die Stellungnahme FEUERBACHS

Die neue wissenschaftliche Behandlung des Strafrechts

28) Siehe Seite 43

29) Der Einfluß der Aufklärungsphilosophie, S.

30) FISCHL aaO. S. 158 und 166

findet zunächst in FEUERBACHS "Lehrbuch des gemeinen in Deutschland gültigen peinlichen Rechts" ihren besonderen Ausdruck. Das Anliegen, das FEUERBACH bei Schaffung seines Werkes bewegte, bringt er selbst in dem Vorwort zur ersten Auflage ³¹⁾ mit folgenden Worten zum Ausdruck:

"Er" (FEUERBACH meint sich selbst) ³²⁾ "wollte hier das peinliche Recht - gereinigt in allen seinen Theilen, sowohl von positiven, als auch philosophischen Irrthümern - in dem strengsten wissenschaftlichen Zusammenhange, in seiner höchsten Consequenz nach allen Forderungen der systematischen Einheit, darstellen" ³³⁾

Diese von FEUERBACH selbst gebrauchten Worte lassen erkennen, daß das Strafrecht unter anderen Gesichtspunkten als bisher dargestellt wurde. Inwieweit diese Methodik auch für die hier behandelte Frage fruchtbar wurde, werden die nachfolgenden Erörterungen zeigen.

1. FEUERBACHS Ansicht über die Strafbarkeit des Unterlassens in der 1. Auflage

In der ersten Auflage seines Lehrbuchs ³⁴⁾ behandelt FEUERBACH das Unterlassungsdelikt im ersten Abschnitt des ersten Titels unter der Überschrift: "Begriff und Eintheilung des Verbrechens" und führt dazu aus ³⁵⁾, daß ein Strafgesetz sowohl eine positive Handlung "eine wirkliche Aeussderung der Thätigkeit des Menschen", als auch eine negative Handlung, "eine bestimmte Nichtäusserung der Thätigkeit", mit Strafe bedrohen könne.

31) Erschienen im Jahre 1801

32) Eingefügt durch den Verfasser

33) Seite IV

34) Erschienen im Jahre 1801

35) Lehrbuch, § 29

Die Delikte, die durch positive Handlungen verwirklicht werden, nennt FEUERBACH Begehungsverbrechen. Sie stehn nach seiner Ansicht im Gegensatz zu den Unterlassungsverbrechen, die durch negative Handlungen begangen werden.

Dabei darf jedoch nicht übersehen werden, daß FEUERBACH die Delikte wohl nach dem Handeln einteilt, hierbei aber die Handlungen meint, wie sie das Gesetz gebietet oder verbietet. Im Ergebnis teilt FEUERBACH die Verbrechen also ebenso ein, wie es schon vor ihm ENGAU, MEISTER und QUISTORP getan hatten. Auch FEUERBACH müßte somit die unechten Unterlassungsdelikte den Begehungsverbrechen zurechnen.

Auch die weiteren Ausführungen unterscheiden sich nicht von der Meinung der bisher genannten Autoren. So soll eine Beihilfe sowohl durch positives oder negatives Handeln möglich sein ³⁶⁾, wobei aber im letzteren Falle ein pflichtwidriges Unterlassen gefordert wird, da der Bürger zu positiven Handlungen "an sich nicht vollkommen verpflichtet ist". Diese Rechtspflicht kann sich nach FEUERBACHS Meinung aus dem Gesetz oder einer Amtspflicht ergeben.

Was FEUERBACH hier für die Teilnahme durch Unterlassen ausgesprochen hat, wiederholt er sinngemäß bei der Tötung ³⁷⁾ und dem Kindesmord ³⁸⁾. Beide Delikte können sowohl durch negative als auch durch positive Handlungen begangen werden. In § 244 erläutert FEUERBACH diesen Grundsatz:

Das Unterlassen "setzt aber die Verbindlichkeit zu einer positiven Handlung voraus, deren Unterlassung

36) Lehrbuch, § 54

37) aaO. § 244

38) Lehrbuch, § 272

zur nothwendigen Ursache des Todes des anderen geworden ist".

Ebenso soll auch der Tatbestand der Kuppelei durch ein Unterlassen begangen werden können. Voraussetzung ist die Verbindlichkeit, "über die Tugend des anderen zu wachen." 39)

Es bedarf keiner weiteren Erläuterung, um klarzustellen, daß auch FEUERBACH in der ersten Auflage seines Lehrbuches das Unterlassungsdelikt nicht anders behandelt, als es die Autoren des endenden 18. Jahrhunderts gethan hatten.

2. FEUERBACHs Ansicht über die Strafbarkeit des Unterlassens von der zweiten Auflage an

Eine völlig andere Auffassung vertritt FEUERBACH dann seit der 2. Auflage seines Lehrbuchs 40). Die Unterscheidung zwischen den Begehungs- und Unterlassungsdelikten trifft er nun nicht mehr nach dem Inhalt des Gesetzes, sondern nach der Handlung, die dem Täter zum Vorwurf gemacht wird. FEUERBACH führt hierzu in § 24 aus:

"So ferne ein anderes Subject ein Recht auf wirkliche Äusserung unserer Thätigkeit hat, in so ferne giebt es Unterlassungsverbrechen (del. omissionis, im Gegensatz von del. Commissionis). Weil aber die ursprüngliche Verbindlichkeit des Bürgers nur auf Unterlassungen geht, so setzt ein Unterlassungsverbrechen immer einen besonderen Rechtsgrund, (Gesetz oder Vertrag) voraus, durch welchen die Verbindlichkeit zur Begehung begründet wird. Ohne diesen wird man durch Unterlassung kein Verbrecher".

Damit unterscheidet FEUERBACH Unterlassungs- und

39) FEUERBACH, aaO. § 504

40) Erschienen im Jahre 1802

Begehungsverbrechen, wie er es schon in seiner ersten Auflage bei der Beihilfe getan hatte, nach der Tätigkeit, die das Verbrechen hervorgebracht hat. Den Fall der negativen Beihilfe behandelt FEUERBACH auch in den folgenden Auflagen wie in der ersten.

Den Grundsatz, daß eine täterschaftliche Begehung durch Unterlassen in Betracht kommt, wenn eine besondere Verbindlichkeit zur Begehung positiver Handlungen vorliegt, bringt FEUERBACH bei einzelnen Delikten des Besonderen Teils auch in den späteren Auflagen ⁴¹⁾ zum Ausdruck. Der Tatbestand der Tötung soll durch Unterlassungen dann verwirklicht werden, wenn eine "Verbindlichkeit zu einer positiven Handlung" verletzt wurde ⁴²⁾, eine Kuppelei ist dann auf Grund eines Unterlassens begangen, wenn "die Verbindlichkeit, über die Tugend des anderen zu wachen" bestand ⁴³⁾.

3. Zusammenfassende Beurteilung zu FEUERBACHS Stellungnahme

FEUERBACHS Verdienst ist es, die Unterscheidung zwischen den Begehungs- und Unterlassungsverbrechen nach der Erscheinungsform der äußeren Handlung getroffen zu haben. Der Unterschied zwischen den Begehungs- und Unterlassungsdelikten wurde also so vorgenommen, wie die Untersuchung zwischen der positiven und negativen Beihilfe.

Wenn man FEUERBACH heute als denjenigen bezeichnet, der als erster als besonderen Rechtsgrund für die Strafbarkeit der Unterlassung Gesetz und Vertrag nannte ⁴⁴⁾, ist dies nur bedingt richtig. Soweit von FEUERBACH als

41) So z.B. 4. Auflage 1808; 9. Auflage 1826;
11. Auflage 1832

42) aaO. § 211

43) aaO. § 472

44) So z.B. von HIPPEL, Strafrecht II, S. 155

ein solcher Rechtsgrund das Gesetz angesehen wurde, handelt es sich um eine Übertragung dieses Gedankens von der Teilnahme auf die Täterschaft. Schon die Autoren des ausgehenden 18. Jahrhunderts hatten die gesetzlichen Verpflichtungen zum positiven Tun als einen Rechtsgrund bei der negativen Teilnahme angesehen. FEUERBACHs Ausführungen haben dann auch MEISTER veranlaßt, den Rechtsgrund des Vertrages als eine rechtliche Verpflichtung anzuerkennen ⁴⁵⁾.

Allein die Tatsache, daß sich FEUERBACH mit den Problemen des strafrechtlichen Unterlassens beschäftigte, war dann für die nachfolgenden Autoren Veranlassung genug, sich diesen Fragen zu stellen.

II. Die Stellungnahme TITTMANNs

Nach FEUERBACH soll TITTMANN genannt werden, wobei es nötig erscheint darauf hinzuweisen, daß die hier gewählte Reihenfolge nicht in jedem Punkte der zeitlichen Reihenfolge der Äußerungen der Autoren entspricht. Das liegt einmal daran, daß die Autoren zum Teil mit mehreren Werken an die Öffentlichkeit getreten sind, zum anderen daran, daß in fast allen Fällen mehrere Auflagen erschienen sind. Eine zeitliche Auswertung der einzelnen Ergebnisse, soweit sie auch dem Zeitpunkt ihres Erscheinens nach interessant sind, muß daher der am Schlusse dieser Zeitepoche vorhandenen Zusammenfassung vorbehalten bleiben.

TITTMANNs wesentlichste Veröffentlichungen sind: das im Jahre 1806 erschienen "Handbuch des gemeinen deutschen Peinlichen Rechts", der im Jahre 1813 veröffentlichte "Entwurf zu einem Gesetzbuche für das Königreich Sachsen"

45) MEISTER, 6. Auflage § 42

und die zweite Auflage seines "Handbuchs" unter dem etwas abgeänderten Titel: "Handbuch der Strafrechtswissenschaft und der deutschen Gesetzeskunde" ⁴⁶⁾.

Obwohl für die Gesetzgebung des 18. und 19. Jahrhunderts ein besonderer Abschnitt vorbehalten ist, soll schon hier TITTMANNs "Entwurf" behandelt werden, da er auf dem Handbuch fußt.

1. Die Stellungnahme in der 1. und 2. Auflage des "Handbuchs" ⁴⁷⁾

Auch TITTMANN kennt die Unterscheidung in Begehungs- und Unterlassungsdelikte. In § 43 unter der Überschrift: "Von den Eintheilungen der Verbrechen und Vergehen" ⁴⁸⁾ führt er aus ⁴⁹⁾:

"In Rücksicht der Art und Weise, wie die Verbrechen und Vergehen geschehen, kann man ¹⁾ auf die Ursache sehen, die sie hervorbringt, wo sie dann entweder durch Unternehmung oder durch Unterlassung einer Handlung (del. quae committendo s. omittendo g) fiunt) geschehen können."

In der hier wiedergegebenen Fußnote g) führt TITTMANN ⁵⁰⁾ als ein solches Unterlassungsdelikt die Herbeiführung des Todes eines neugeborenen Kindes durch absichtliches Unterlassen der notwendigen Pflege an.

TITTMANN trifft die Unterscheidung zwischen den Begehungs- und Unterlassungsdelikten also so, wie es FEUERBACH schon in der zweiten Auflage seines Lehrbuchs getan hatte ⁵¹⁾,

46) Erschienen im Jahre 1822

47) Paragraphen ohne besonderen Hinweis sind solche der 1. Auflage

48) §§ 43 - 47

49) § 43 Seite 81/82

50) Seite 82

51) Siehe Seite 51 ff.

nach der äußeren Erscheinungsform der dem Täter vorgeworfenen Handlung. Bei dieser Einteilung ist es folgerichtig, daß das unechte Unterlassungsdelikt als Unterlassungsverbrechen schlechthin bezeichnet wird, was dann der in der Fußnote g) genannte Beispielsfall zeigt. Darüber, wann im Einzelfall das Unterlassen strafbar ist, gibt TITTMANN keine weitere Auskunft.

Mit dem Unterlassen beschäftigt sich TITTMANN dann erst wieder bei dem Kapitel "Von der Zurechnung des Urhebers, der Theilnahme und der Begünstigung" 52).

Er erkennt die Möglichkeit einer Beihilfe durch Unterlassen an, wenn er ausführt: 53)

"..... Wer hingegen mittelst Unternehmung oder Unterlassung einer Handlung einen Andern in Vollbringung einer das Wesen des Verbrechens ausmachenden Handlung unterstützt, heißt Theilnehmer (Gehülfe)." 54)

Allerdings muß darauf hingewiesen werden, daß TITTMANN, wenn er die Beihilfe durch Unterlassen kennt, darunter nicht die negative Beihilfe im Gegensatz zur positiven versteht, wie FEUERBACH es getan hatte. In der Fußnote n) zu § 116 wendet er sich ausdrücklich gegen die Unterscheidung zwischen concursus positivus und negativus, denn die Unterlassung einer Handlung, die das von einem anderen unternommene Verbrechen hätte hindern können,

52) §§ 113 ff.

53) § 113

54) In der 2. Auflage kommt das nicht mehr so deutlich zum Ausdruck. Hier sagt er: "Ein Gehülfe (Theilnehmer,) heißt derjenige, der einen Andern auf irgendeine Art bei der Vollbringung einer das Wesen des Verbrechens ausmachenden Handlung unterstützt." (§ 101). Daß dies gegenüber der ersten Auflage keine sachliche Änderung bedeutet, ergibt sich zweifelsfrei aus § 104, wo eine Hilfeleistung durch Unterlassung einer Handlung ausdrücklich erwähnt ist.

wie z.B. die Unterlassung einer Anzeige, stelle keine Beförderung des Verbrechens dar und könne somit nicht als Teilnahme angesehen werden. Das aber zeigt, daß TITTMANN nicht jedes Unterlassen als Beihilfe ansieht, sondern besondere Voraussetzungen verlangt. Er führt hierzu aus: 55)

"Verschuldete Theilnahme (concursum culposum) entsteht, wenn es mit Wahrscheinlichkeit vorauszusehen ist, daß der Urheber die Unternehmung oder Unterlassung einer Handlung zur Ausführung des Verbrechens benutzen würde, z.B. wenn einem im Streit befangenen und erzürnten Menschen ein tödtliches Gewehr gegeben würde. Außer dem aber läßt sich wohl eine Pflichtverletzung, (z.B. Unterlassung der Aufsicht über aufzubewahrende Sachen, die gestohlen wurden,) nicht aber eine verschuldete Theilnahme denken, weil es dann bloß möglich ist, daß ein Anderer die durch die Handlung oder Unterlassung gegebene Gelegenheit zu einem Verbrechen benutzen werde."

Einen weiteren Fall einer Theilnahme nennt TITTMANN dann in der zweiten Auflage seines "Handbuchs". Die Nithinderung eines Verbrechens ist Theilnahme, wenn vorauszusehen war, "daß der Thäter durch das passive Verhalten nothwendig muthiger oder der Angegriffene muthloser werden mußte." 56) Ansonsten ist die Nithinderung eines Verbrechens für TITTMANN eine negative Begünstigung 57).

55) § 116, ebenso in der 2. Auflage § 104

56) § 11 Seite 223, in der 1. Auflage (§ 128 Seite 315 hatte TITTMANN diesen Fall auch noch als Begünstigung angesehen).

57) 1. Auflage § 128, 2. Auflage § 111

Diese negative Begünstigung umschließt zwei Fälle. Einmal fällt hierunter die Nichthinderung eines beabsichtigten, zum anderen die Verheimlichung eines begangenen Verbrechens. Für beide Fälle verlangt TITTMANN dann das Hinzutreten weiterer Umstände, weil weder zur Hinderung noch zur Anzeige eines Verbrechens eine allgemeine Verbindlichkeit bestehe. Eine solche Verpflichtung zur Hinderung eines Verbrechens ergebe sich für diejenigen, "welchen wegen natürlicher oder anderer Verhältnisse eine Fürsorge für den Bedrohten" obliege, wie z.B. Eltern und Kindern, Geschwistern, Eheleuten, Vorgesetzten und Pflegebefohlenen, Geschäfts-, Lehr- und Dienstherrschaften und ihren Dienern, Gehilfen und Dienstboten. Weiterhin liege eine Pflicht zur Verhinderung eines Verbrechens bei denjenigen vor, denen sie durch Amtsgeschäft übertragen sei, und auch dann, wenn eine Rechtsverletzung drohe, deren Hinderung durch positive Gesetze zur allgemeinen Bürgerpflicht erhoben sei ⁵⁸⁾. Gleiches gelte auch hinsichtlich der Verbindlichkeit, bereits begangene Verbrechen anzuzeigen ⁵⁹⁾.

2. Die Stellungnahme in dem "Entwurf zu einem Gesetzbuche für das Königreich Sachsen"

In den §§ 18 ff. beschäftigt sich TITTMANN mit der Frage, wie ein Verbrechen hervorgebracht werden kann. Dies kann nach TITTMANNs Ansicht allein durch eine Handlung geschehen, die äußerlich erkennbar ist (§ 18). Dies ergibt sich aus § 19, wonach "wegen bloßer Gedanken und Vorsätze ohne Wirksamkeit" keine Strafe ausgesprochen werden kann.

58) 1. Auflage § 128, 2. Auflage § 111

59) 1. Auflage § 128, 2. Auflage § 112

In § 21 erwähnt TITTMANN dann zum ersten Male die Unterlassung, spricht aber nicht deren Strafbarkeit aus, sondern klärt die Frage, ob ein Unterlassen für einen Erfolg ursächlich sein könne. Hierzu stellt TITTMANN fest:

"Auch ist es gleichviel, eine schädliche Wirkung mag durch die Unternehmung oder durch die Unterlassung einer Handlung hervorgebracht seyn."

Über die Strafbarkeit der Unterlassung führt TITTMANN dann im folgenden § 22 aus:

"Was daher in diesem Gesetzbuche von der Unternehmung verbotener Handlungen festgesetzt ist, gilt auch stets von der Unterlassung schuldiger Handlungen."

Diese Paragraphen in TITTMANNs Entwurf zeigen, daß der Grund der Strafbarkeit eines Unterlassens darin gefunden wird, daß das Unterlassen für einen Erfolg ursächlich sein kann. Die Strafbarkeit der Unterlassung begrenzt TITTMANN dann jedoch, wenn er von der Unterlassung "schuldiger Handlungen" spricht. Das verlangt aber das Vorliegen einer Verbindlichkeit zum Handeln, die die unterlassene Handlung erst zu einer geschuldeten werden läßt. Weitere allgemeine Bestimmungen, wann und unter welchen Voraussetzungen eine solche Verbindlichkeit gegeben ist, enthält der Entwurf nicht. Nebenbei wird bei dem Verwandtenmord (§ 611 ff.) die Tötung eines neugeborenen Kindes durch Unterlassung der notwendigen Pflege erwähnt ⁶⁰⁾.

Im 4. Kapitel "Von den Urhebern, Theilnehmern und Begünstigern eines Verbrechens" behandelt TITTMANN dann - entsprechend der Gliederung in seinem "Handbuch" -

60) § 621

den Fall der Nichthinderung eines Verbrechens. Auch hier sieht TITTMANN ⁶¹⁾ ein solches Verhalten als eine Begünstigung an. Begünstigung ist das Verhalten, das an der Hervorbringung des Verbrechens nicht mitgewirkt hat ⁶²⁾. Eine Unterscheidung zwischen positiver und negativer Begünstigung kennt der Entwurf nicht.

In § 438 wird dann die Strafbarkeit der Nichthinderung eines Verbrechens geregelt. TITTMANN geht auch hier von dem Grundsatz aus, daß eine Pflicht zur Hinderung nur dann bestehe, wenn eine besondere Verpflichtung hierzu vorhanden sei. Eine Ausnahme von diesem Grundsatz will er für die Delikte - wie er sie nennt - der ersten und zweiten Klasse zulassen. Delikte der ersten Klasse sind z.B. Mord, der lebensgefährliche Angriff auf einen Menschen, die Vergiftung und die Brandstiftung (§ 101), Delikte der zweiten Klasse z.B. Abtreibung, Menschenraub, Entführung und Freiheitsberaubung (§ 102). Das läßt erkennen, daß TITTMANN eine allgemeine Hinderungspflicht, der man auch durch eine Anzeige genügen kann (§ 435), nur bei den schwersten Delikten annimmt. Im übrigen enthalten die einzelnen Rechtspflichten, die der Entwurf kennt (§§ 435, 436), keine Besonderheiten gegenüber denen, die schon im Handbuch genannt waren.

3. Zusammenfassende Betrachtung der Ansicht TITTMANNs

Der einzige, aber offensichtliche Unterschied zur Ansicht FEUERBACHs liegt in der Ablehnung der negativen Beihilfe, wie sie FEUERBACH angenommen hatte. Die Begründung, mit der TITTMANN den Fall der Nichthinderung

61) § 435

62) § 432

eines Verbrechens der negativen Begünstigung zuordnet, ist die, daß er grundsätzlich ein rein passives Verhalten nicht als eine Förderung oder Unterstützung ansieht. Beihilfe ist für TITTMANN - wenn man seine Ansicht auf eine kurze Formel reduzieren will - die Beförderung der Tat eines anderen, Begünstigung die Bestrafung der gefährlichen Gesinnung⁶³⁾. In § 113 der 1. Auflage seines "Handbuchs" spricht er ausdrücklich davon, daß der Begünstiger im Gegensatz zum Gehilfen keinen Einfluß auf die Hervorbringung des Verbrechens habe, daß das Verbrechen "ohne sein Zuthun" zustande komme. Ob hieraus der Schluß gezogen werden kann, daß die Kausalität des Unterlassens für einen Erfolg geleugnet werden soll, die TITTMANN ja bei der täterschaftlichen Begehung bejaht hatte, erscheint zweifelhaft. Wahrscheinlicher ist es, daß allein der Begriff der "Beförderung" des Verbrechens TITTMANN dazu verleitet hat, hier das reine Unterlassen nicht genügen zu lassen. Interessant ist, daß TITTMANN dann in einer Unterlassung eine Beförderung des Verbrechens eines anderen findet, wenn die Unterlassung im Hinblick auf das Handeln eines anderen geschah, so daß dieser im Hinblick auf die Unterlassung überhaupt tätig wurde oder in seinem Handeln bestärkt wurde. In beiden Fällen liegt eine rein psychische Bestärkung des Dritten durch das Unterlassen vor, das die "Beförderung" des Verbrechens ausmachen soll.

Hinsichtlich der Anerkennung einer Rechtspflicht zum Handeln bringt TITTMANN gegenüber FEUERBACH nichts Neues.

III. Die Stellungnahme STÜBELS

Ein entscheidender Einfluß auf die Erörterungen über

63) 1. Auflage § 113 Seite 282, 2. Auflage § 101
Seite 201

die Strafbarkeit des Unterlassens ging von Christoph Carl STÜBEL aus. Für die hier behandelte Frage sind zwei seiner Schriften heranzuziehen:

1. "Über den Thatbestand der Verbrechen" 64),
2. "Über die Theilnahme mehrerer Personen an einem Verbrechen" 65).

1. STÜBELs Ansicht in seiner Schrift "Ueber den Thatbestand der Verbrechen"

STÜBEL geht bei seiner Untersuchung ebenfalls von dem Fall der Nichthinderung eines Verbrechens aus 66). Die Kausalität des Unterlassens für das von dem anderen hervorgebrachten Verbrechen bejaht er: 67)

"..... Denn wer das physische Vermögen hat, den Anderen von einem Verbrechen abzuhalten, und solches zu thun unterläßt, in demselben liegt offenbar zugleich mit die Ursache der Existenz dieses Verbrechens, und es paßt also auf ihn vollkommen der Begriff eines Urhebers."

Die Strafbarkeit der Unterlassung entnimmt STÜBEL nicht allein aus der möglichen Ursächlichkeit der Unterlassung für ein anderes Verbrechen. Da jedes Verbrechen eine Rechtsverletzung darstelle, die Verletzung eines Zwangsrechts beinhalte, müsse dies auch für die Strafbarkeit des Unterlassens gefordert werden 68). Strafbar sei also nur das pflichtwidrige Unterlassen. Wolle man das Zwangsrecht nicht der bürgerlichen Gesellschaft entnehmen, handele es sich nur um eine unvollkommene Pflicht, zur Verteidigung des anderen etwas beizutragen.

64) Erschienen im Jahre 1805

65) Erschienen im Jahre 1828

66) aaO. § 43

67) aaO. § 43

68) aaO. § 44 S. 56

Während das Naturrecht eine solche Verbindlichkeit zu positiven Handlungen verneinen müßte ⁶⁹⁾, folge jedoch aus dem allgemeinen Staatsrecht die Pflicht, die Verbrechen anderer zu hindern. Auf Grund des dem Begriff des Staates zugrunde liegenden Vereinigungsvertrages, habe auch der einzelne Staatsbürger die vollkommene Verbindlichkeit, alles zur "Sicherheit aller Zwangsrechte beyzutragen" ⁷⁰⁾. Unrichtig sei es insbesondere, diese Hinderungspflicht nur bei den schwersten Delikten anzunehmen ⁷¹⁾

Diese allgemeine Verbindlichkeit zur Beschützung anderer schränkt STÜBEL jedoch wieder erheblich ein. Die Begrenzung entnimmt er dem sogen. Unterwerfungsvertrag, dem der einzelne Bürger im Staate unterliege. Danach sei der Schutz der bürgerlichen Gesellschaft einer höchsten Gewalt, dem Staate, übertragen. "So wie nach diesem Vertrage Einzelne in der Regel sich nicht selbst vertheidigen dürfen und die Selbsthülfe nicht statthaft ist, sondern Jeder den Schutz von der höchsten Gewalt erwarten muß, so ist es auch nicht erlaubt, Andere ganz nach Willkühr zu vertheidigen und Verbrechen zu verhindern, zu suchen." ⁷²⁾ Hieraus folge, daß in den Fällen, in denen die Verhinderung des Verbrechens Gewalt erfordere, zunächst obrigkeitliche Hilfe in Anspruch genommen werden müsse, es sei denn, daß ein rasches Eingreifen erforderlich sei. So bestehe diese Hinderungspflicht grundsätzlich in einer Anzeige an die Obrigkeit. Jedoch müsse sich die im Einzelfall zulässige Hinderung mit Gewalt im Rahmen der Notwehr halten ⁷³⁾. Wenn nun nach dem Staatsrecht dem Einzelnen eine "vollkommene Pflicht zur Hinderung der Verbrechen Anderer" ⁷⁴⁾ bestehe, so liege auch

69) aaO. § 44 S. 56

70) aaO. § 45

71) aaO. § 46

72) aaO. § 47

73) aaO. § 47 S. 59

74) aaO. § 50 S. 61

ein echtes Zwangsrecht vor. Das Unterlassen dieser Verpflichtung verletze also ein Zwangsrecht, das den gleichen Inhalt habe wie das, das die Unterlassung eines solchen Verbrechens befehle. Derjenige, der ein Verbrechen hindern konnte und dies nicht tat, sei also ebenso zu bestrafen, wie der, der zu diesem positiv tätig wurde. Beide seien daher Miturheber ⁷⁵⁾.

Darüber hinaus gebe es im Staate gewisse "Funktionen und Verhältnisse", "aus welchen eine besondere Verbindlichkeit, Verbrechen Anderer zu verhüten," entstehe. Hierunter falle die besondere Berufspflicht obrigkeitlicher Organe und das Verhältnis zwischen dem Vorgesetzten und dem Untergebenen und zwischen Eltern und Kindern ⁷⁶⁾. Außerdem erwähnte STÜBEL positive Gesetze, die die Verhinderung von Verbrechen zur Pflicht machen ⁷⁷⁾.

Einen weiteren Grund, der eine Hinderungspflicht entstehen läßt, erwähnt STÜBEL dann bei § 164 ⁷⁸⁾:

"Vor allen Andern aber hat derjenige, von welchem Jemand verletzt worden, die Verbindlichkeit, zu verhindern, daß weder der Verletzte, noch sonst Jemand etwas unterlasse, wodurch die Folge des Todes verhütet werden könne."

STÜBEL selbst erläutert den vorgenannten Satz mit einem Beispielfall. Er soll hier wiedergegeben werden, weil er für die vorliegende Untersuchung wesentliche Erkenntnis vermittelt:

"Ein Ritterguthsbesitzer hatte einen seiner Leute bey der Arbeit auf dem Eise so geschuppt und so gestoßen, daß dieser gefallen war und vom Falle einen gefährlichen Bruch bekommen hatte. Anstatt daß der

75) aaO. § 50 S. 62

76) aaO. § 51 u. Fußnote c)

77) aaO. § 52

78) aaO. S. 226

Herr für Cur und Diät des Verletzten Sorge tragen sollen, überläßt er denselben seinem Schicksale. Der arme Mann wird theils durch seine Armuth, theils durch seine Unerfahrenheit verleitet, ohngeachtet seines Schadens, fortzuarbeiten und die nöthige Cur zu unterlassen. Diese Vernachlässigung des Schadens hatte bald die Wirkung, daß der Beschädigte zu allen Arbeiten ganz unfähig ward, und nach einiger Zeit an dem Bruche sterben mußte. Nach beendigter Untersuchung sahe die hiesige Juristenfacultät ⁷⁹⁾ den Ritterguthsbesitzer nicht nur als Urheber des Bruchs, sondern auch als Miturheber des darauf erfolgten Todes an. Der Verurtheilte wendete zwar ein, daß der Verletzte, durch sein nachlässiges Verhalten, den Tod selbst veranlaßt habe, allein es stand Erstem entgegen, daß er verbunden gewesen war, den Verunglückten von der Verwahrlosung seines Schadens möglichst abzuhalten. Beyde hatten den tödtlichen Erfolg verschuldet. Doch muß ich hierbey die Bemerkung wiederholen, daß ich bloß von der Zurechnung der That rede. Die Zurechnung der Strafe litte in dem vorliegenden Falle, wie sich von selbst versteht, eine große Einschränkung, und der Mord war ein bloß verschuldeter." ⁸⁰⁾

Die zum Schluß dargestellten Ausführungen zeigen, daß STÜBEL schon im Jahre 1805 die Herleitung einer Rechtspflicht zum Handeln aus einem vorangegangenen Tun bekannt war. Nach heutiger Ansicht läge allerdings bei dem von

79) Gemeint ist die juristische Fakultät der Universität in Wittenberg.

80) aaO. S. 226/227

STÜBEL berichteten Fall kein Unterlassungsdelikt vor, denn der Tod ist eine Folge der positiven Handlung des Verletzers. Daß STÜBEL nicht zu diesem Ergebnis kommt, findet seinen Grund darin, daß er hier von einer mittelbaren Folge spricht. Mittelbare Folgen sind für ihn diejenigen, die wohl auf eine positive Handlung zurückzuführen sind, jedoch "zugleich von einer von der in Frage begriffenen Handlung verschiedenen und später erfolgten Kraftäußerung und Zwischenursachen herrühren" (aaO. S. 215 § 156). Hierbei unterscheidet STÜBEL dann zwischen den positiven und negativen späteren Ursachen. Solche negativen Ursachen liegen vor, wenn etwas unterlassen wurde, wodurch der spätere Erfolg hätte verhindert werden können. So stellt sich also die Frage, ob der Verletzer sich diese Unterlassung zurechnen lassen müsse. An zwei Stellen des wiedergegebenen Textes zeigt es sich deutlich, daß hier grundsätzlich von einem Unterlassen die Rede ist. Einmal weist STÜBEL ausdrücklich darauf hin, daß es sich hier nur um die "Zurechnung der Tat" handle. "Zurechnung der Tat" aber bedeutet für ihn: 81)

"Das Urtheil, daß ein bestimmtes Subject die Handlung, welche die Rechtsverletzung bewirkt, unternommen habe, heißt Zurechnung der That."

Die Tatsache, daß ausdrücklich bemerkt ist, es habe ("in dem vorliegenden Fall") nur ein fahrlässiges Delikt vorgelegen, zeigt, daß für den Fall, daß die Behandlung durch den Schädiger unterlassen wurde, um den Tod herbeizuführen, ein vorsätzlicher Mord vorgelegen hätte.

81) aaO. § 19 S. 26

Dann aber hätte es sich, da die Tötung bei der Schädigung nicht beabsichtigt war, auch nach heutiger Ansicht um ein Unterlassungsdelikt gehandelt.

2. STÜBELSs Ansicht in seiner Schrift "Ueber die Theilnahme mehrerer Personen an einem Verbrechen"

Eine wesentlich andere Auffassung vertritt STÜBEL in der 23 Jahre später erschienen Abhandlung "Ueber die Theilnahme mehrerer Personen an einem Verbrechen".

Schon der Ausgangspunkt ist ein anderer, denn - so führt STÜBEL aus -: ⁸²⁾ "Hülfe ist eine Handlung, wodurch die Absicht eines Andern befördert wird. Man kann also nur von demjenigen sagen, daß er zu dem Verbrechen eines Andern eine Hülfe leiste, welcher entweder eine der den Thatbestand desselben ausmachenden Handlungen zugleich mit verübt, oder sonst etwas thut, wodurch die Verübung dieses Verbrechens vorbereitet oder erleichtert wird." Das aber lasse sich von einem Unterlassen nicht behaupten. Die Leistung einer Hilfe zu einem Verbrechen erfordere eine äußere Handlung. Eine negative Hilfe sei soviel wie eine nicht geleistete, ein negatives Mittel soviel wie ein nicht angewendetes.

Darüber hinaus sei auch die Unterlassung einer äußeren Handlung, durch die jemand von der Verübung eines Verbrechens abgehalten werden konnte, nicht als besonderes Verbrechen anzusehen. Die Verhinderung eines Verbrechens würde in der Verteidigung des Angegriffenen bestehen. Im allgemeinen habe jedoch niemand ein Recht, von dem anderen zu fordern, daß dieser ihn verteidige. Hierzu

82) Ueber die Theilnahme, § 37 S. 59

bestehe nur eine "Tugendpflicht" ⁸³⁾. Werde diese Tugendpflicht durch positive Gesetze auferlegt, handele es sich bei solchen lediglich um Polizeigesetze, so daß sich der, der ein Verbrechen eines anderen nicht verhindert, nicht eines Verbrechens, sondern nur eines Polizeivergehens schuldig mache. Handle eine öffentlich angestellte Person durch die Nichthinderung eines Verbrechens ihrer Anweisung zuwider, liege lediglich ein Amts- oder Dienstvergehen vor.

Von diesen "Unterlassungen, in Ansehung der Verhinderung der Verbrechen Anderer," - wie STÜBEL sie nennt - seien jedoch "die Unterlassungen, welche eigene besondere Verbrechen sind," zu unterscheiden. Es gebe "Fälle, in denen Jemand, vermöge eines besonderen Verhältnisses, oder einer vorhergehenden Handlung desselben, zu einer Handlung rechtlich verpflichtet" sei ⁸⁴⁾.

So seien z.B. die Eltern für die Pflege ihrer Kinder verantwortlich. Für den Fall der vorausgehenden Handlung führt STÜBEL das Beispiel an, daß derjenige, der einen anderen eingesperrt habe, diesem auch die notwendigen Nahrungsmittel geben müsse ⁸⁵⁾.

3. Stellungnahme zu STÜBELs Ansicht

STÜBELs ursprünglich vertretene Ansicht, wonach jeder Staatsbürger die allgemeine Pflicht zur Verhinderung der Verbrechen anderer hatte, zeigt, daß das Strafrecht auch den Vorstellungen des Staatsrechtes unterworfen ist. Der Zweck des Staates bestimmt die Ausgestaltung des

83) aaO. § 37 S. 60

84) aaO. § 37 S. 61

85) aaO. S. 61

Rechts und damit auch des Strafrechts. Eine ähnliche Erscheinung ist schon beim kanonischen Strafrecht beobachtet worden, wo aus den besonderen Grundsätzen des das Recht setzenden Verbandes eine allgemeine Hilfs- und Hinderungspflicht abgeleitet worden war.

Wesentlich anders dagegen ist STÜBELs später vertretene Ansicht. Es sieht einen grundsätzlichen Unterschied zwischen der täterschaftlichen Begehung durch Unterlassen und der negativen Beihilfe. Die täterschaftliche Begehung eines Unterlassungsdelikts bejaht STÜBEL bei Vorliegen der genannten Voraussetzungen. Dagegen soll eine Beihilfe durch Unterlassen überhaupt nicht möglich sein ⁸⁶⁾. Die Begründung dieser Ansicht ist auf mehrere Gründe gestützt. Zunächst leugnet STÜBEL die Ursächlichkeit des Unterlassens für einen nichtverhinderten Erfolg ⁸⁷⁾. Darüber hinaus sieht er in dem Unterlassen lediglich eine innere Handlung, die zur Begründung einer Beihilfe nicht ausreiche. Warum eine Handlung unterlassen worden sei, sei dann unerheblich ⁸⁸⁾. Hier ist ein deutlicher Unterschied zu TITTMANN ersichtlich. TITTMANN hatte ja das Unterlassen dann als eine Beförderung des Verbrechens eines anderen angesehen, wenn mit Wahrscheinlichkeit vorauszusehen war, daß der Urheber diese Unterlassung benutzen werde. Es handelte sich hier also um

86) Anderer Ansicht ist STÜBEL neben den unter 1) dargestellten Ausführungen in dem im Jahre 1795 erschienenen II. Band des "Systems". (§ 395)

87) "Ueber die Theilnahme", S. 58: "... Denn, sagt man, wer im Stande ist, einen Andern von der Verübung eines Verbrechens abzuhalten und solches unterläßt, in dem liegt ebensowohl eine Ursache der Verübung des Verbrechens, als in demjenigen, welcher etwas thut, Auch davon kann ich mich nicht überzeugen."

88) aaO. S. 59

ein bewußtes Unterlassen. STÜBEL dagegen erklärt die Motive, aus denen heraus die Hinderung unterlassen worden ist, für unbeachtlich.

Sieht STÜBEL in der unterlassenen Hinderung eines Verbrechens keine äußere Handlung, sondern nur einen inneren Vorgang, so ist es von seinem Standpunkt aus folgerichtig, daß er die Möglichkeit einer Beihilfe durch Unterlassen leugnet, denn die Beihilfe verlangt eine äußere Handlung. Die Konsequenz, die er hieraus ziehen muß, ist dann die, daß die unterlassene Verhinderung eines Verbrechens nur ein besonderes Verbrechen sein könne. Die grundsätzliche Möglichkeit der Strafbarkeit einer inneren - äußerlich nicht in Erscheinung tretenden - Handlung erkennt STÜBEL an ⁸⁹⁾. Jedoch verneint er das Vorliegen von Hinderungspflichten im allgemeinen, und er fügt hinzu, daß die Strafbarkeit wegen eines Amts- oder Dienstvergehens eines besonderen Strafgesetzes bedürfe ⁹⁰⁾. Aber dann auch liege nur ein Polizeivergehen vor.

Das unbestreitbare Verdienst STÜBELs ist es, daß er als erster auf die Möglichkeit hingewiesen hat, daß auch aus einem vorangegangenen Tun eine Rechtspflicht zum Handeln entstehen kann. Zwar handelt es sich bei dem von ihm dargestellten Beispielsfall um einen solchen, bei dem schon das vorangegangene Tun strafbares Unrecht enthielt. Jedoch hatte STÜBEL damit auf die der Unterlassung vorausgegangene Handlung verwiesen und damit den Ausgangspunkt für die Erörterungen in der zweiten Hälfte des 19. Jahrhunderts gelegt.

89) System § 182

90) Ueber Theilnahme, S. 62

Welche Bedeutung STÜBEL der Rechtspflicht zum Handeln beimißt, läßt sich seinen Ausführungen nicht entnehmen. Offen bleibt vor allem auch die Frage, aus welchen Gründen das Unterlassen für die täterschaftliche Begehung eines Deliktes ursächlich sein soll. So verdienstvoll STÜBELs Ausführungen sind, lassen sie doch manche Frage unbeantwortet.

IV. Die Stellungnahme SPANGENBERGs ⁹¹⁾

SPANGENBERG geht wie FEUERBACH ⁹²⁾ davon aus, daß der Staatsbürger nach dem Grundprinzip des Strafrechts lediglich zu Unterlassungen verpflichtet sei. Es sei ihm geboten, Handlungen zu unterlassen, die die Sicherheit des Staates oder des einzelnen gefährden oder beeinträchtigen. Soll daher ausnahmsweise eine Unterlassung strafbar sein, bedarf es hierzu eines besonderen Rechtsgrundes, "durch welchen eine Verpflichtung zur Begehung der in Frage stehenden Handlung begründet wird." ⁹³⁾
Ein Verbrechen durch Unterlassung setzt daher nach SPANGENBERGs Ansicht voraus: ⁹⁴⁾

- I. Das Daseyn einer durch einen besonderen Rechtsgrund begründeten Verpflichtung zum Handeln.
- II. Die Verletzung dieser Verpflichtung, durch Unterlassung dieser Handlung.
- III. Die Entstehung eines Schadens durch die Unterlassung, für denjenigen, der die Erfüllung jener Verpflichtung, mithin die Begehung der Handlung zu verlangen, rechtlich befugt war."

91) Neues Archiv des Criminalrechts. Bd. 4 S. 527 ff.: "Ueber Unterlassungsverbrechen und deren Strafbarkeit", 1821

92) Siehe Seite 51

93) aaO. S. 528

94) aaO. S. 529

Unter Punkt III. erscheint hier derselbe Gedanken-
gang, den schon FEUERBACH ⁹⁵⁾ für seine Untersuchungen
nutzbar gemacht hatte, daß nämlich der Verpflichtung
zum Handeln das Recht, die Handlung zu verlangen, ge-
genüber stehe. Das zeigt, wie SPANGENBERG der Ansicht
FEUERBACHs folgt.

Im folgenden untersucht SPANGENBERG die von ihm ge-
forderten Voraussetzungen, unter denen ein Verbrechen
durch Unterlassung begangen werden kann, im einzelnen ⁹⁶⁾.

1. Das Erfordernis der Verpflichtung zum Handeln

Ausgehend von seiner Grundauffassung, daß nur ausnahms-
weise eine Verpflichtung zum positiven Tun vorliegen
kann, hält es SPANGENBERG für unzulässig, diesen beson-
deren Rechtsgrund "aus den a l l g e m e i n e n Grund-
sätzen über das Verbrechen und deren Strafbarkeit" zu
entnehmen. So leitet SPANGENBERG den Rechtsgrund aus ei-
nem speziellen Gesetz oder einem Vertrage her. Hierbei
erhebt sich dann die weitere Frage, ob dieses Gesetz im-
mer ein positives sein müsse. Obwohl SPANGENBERG im all-
gemeinen zur Strafbarkeit einer Handlung nicht notwen-
dig ein positives Gesetz fordert, das das Verhalten förm-
lich oder ausdrücklich unter Strafe stellt ⁹⁷⁾, will er
jedoch für die Strafbarkeit der Unterlassung, soweit
die Verpflichtung zum Handeln auf einem Gesetz beruht,
eben wegen des erwähnten Ausnahmecharakters nur ein po-
sitives Gesetz anerkennen.

Neben der Möglichkeit, die Verpflichtung zum Handeln
aus einem positiven Gesetz und einem Vertrage herzulei-
ten, will SPANGENBERG einen besonderen Rechtsgrund
auch besonderen rechtlichen Verhältnissen entnehmen.

95) Siehe Seite 49

96) aaO. S. 530-545

97) aaO. S. 530, er leugnet also den Grundsatz nulla
poena sine lege.

SPANGENBERG geht hierbei von dem Beispielsfall aus, daß die Großmutter ihrer Tochter bei der Geburt nicht beisteht und das neugeborene Kind deshalb stirbt. Da sich hier weder aus einem positiven Gesetz noch aus einem Vertrag eine Pflicht zum Handeln ergebe, muß aus dem "besonderen rechtlichen Verhältnis" der erforderliche Rechtsgrund gefolgert werden, "wenn man nicht allen Forderungen der Gerechtigkeit Hohn sprechen will" 98).

Im folgenden untersucht SPANGENBERG dann im einzelnen die von ihm genannten besonderen Rechtsgründe, die eine Verpflichtung zu positiver Tätigkeit aussprechen 99).

a) Das positive Gesetz

SPANGENBERG weist darauf hin, daß sowohl im römischen als auch im gemeinen Recht Vorschriften enthalten sind, die die Vornahme einer Handlung gebieten.

Aus dem römischen Strafrecht nennt er z.B. den Fall, daß der Soldat seinen angegriffenen Offizier nicht verteidigt und die Nichthinderung eines Hochverrats 100). Aus dem gemeinen Recht verweist er auf Art. 122 CCC 101).

Die gesetzlichen Bestimmungen, die weitgehend das Unterlassen bestrafen, bezeichnet SPANGENBERG als "wahre Polizeiverfügungen" 102), die "eine Folge des immer mehr überhandnehmenden Allesregierenwollens" 103) sind.

b) Die besonderen rechtlichen Verhältnisse

SPANGENBERG wendet sich zunächst dagegen, daß man die

98) aaO. S. 531

99) aaO. S. 532-545

100) aaO. S. 533

101) Siehe Seite 20/21

102) aaO. S. 534

103) aaO. S. 532

im gemeinen Recht vorhandenen einzelnen Fälle, die eine Verpflichtung zum positiven Tun aussprachen, generalisierte ¹⁰⁴⁾ und - unter Verkenennung des Grundsatzes, daß es sich hier um Ausnahmen handelte - z.B. die Nicht-hinderung eines Verbrechens eines Dritten, die Nicht-anzeige eines solchen Verbrechens und die unterlassene Hilfeleistung allgemein als Unterlassungsverbrechen betrachtete. Die besondere Gefahr einer solchen Ausdehnung der Pflichten für den einzelnen sieht SPANGENBERG darin, daß man moralische Pflichten und politische Rücksichten den rechtlichen Verpflichtungen gleichsetzt ¹⁰⁵⁾. Nicht folgerichtig sei es insbesondere, wenn man die Nichthinderung eines Verbrechens nur bei den schwersten Straftaten für strafbar erklären wolle ¹⁰⁶⁾.

Auf der anderen Seite sei jedoch zu berücksichtigen, daß eine Verpflichtung zu positiven Handlungen, die in rechtlichen Verhältnissen ihren Grund haben, anerkannt werden müßten, will man nicht eine Lücke im System des Strafrechts in Kauf nehmen. Die Grenze zwischen nur moralischen und rechtlichen Verpflichtungen sei wohl nicht immer leicht zu finden, werde jedoch dann richtig gezogen, wenn man sie nur einem rechtlichen Verhältnis entnehme ¹⁰⁷⁾.

Wo zwischen Personen ein besonders enges Band bestehe, auf Grund dessen diese Personen zu gegenseitiger Hilfe verpflichtet sind, stelle sich die Annahme einer Verpflichtung zum Handeln als die unmittelbare Folge dieses Verhältnisses dar. Allgemeine Quelle dieses besonderen Rechtsgrundes sei dann das Gesetz, das dieses Verhältnis zwischen den Personen schaffe.

104) aaO. S. 535

105) aaO. S. 536

106) aaO. S. 537

107) aaO. S. 538, 541

Als solche Verhältnisse erkennt SPANGENBERG an: das Verhältnis der Ehegatten zueinander, das Verhältnis zwischen Ascendenten und Descendenten, das Vormundschaftsverhältnis im römischen Sinne dieses Wortes u.a. Jedes dieser Verhältnisse - so fährt SPANGENBERG fort - legt entweder einer Person oder beiden eine Verpflichtung zum möglichen Schutz oder zur möglichen Beihilfe gegen andere Personen auf. Die Nichterfüllung dieser Verpflichtung sei also in diesen Fällen auch dann strafbar, wenn dies auch nicht förmlich durch ein Gesetz ausgesprochen ist ¹⁰⁸⁾.

c) Der besondere Rechtsgrund aus einem Vertrag
Vorzüglich rechnet SPANGENBERG hierher den Fall des Staatsdieners, somit also - wie er auch selbst ausführt - "die zahlreiche Klasse von Dienstpflichtverletzungen, welche gewöhnlich an und für sich zu besonderen Verbrechen erhoben sind." ¹⁰⁹⁾

Ferner gehören hierher nach SPANGENBERGs Ansicht die Dienstverträge derjenigen, die für das öffentliche Wohl sorgen sollen, wie z.B. die Dienstverträge der Nachtwächter, Polizeidiener und Ärzte ¹¹⁰⁾.

Aber auch aus Privatverträgen lasse sich eine Pflicht zum Handeln herleiten. Wenn sich z.B. jemand einem anderen gegenüber zum besonderen Schutze verpflichtet habe und die Verteidigung unterlasse, habe er sich eines strafbaren Unterlassens schuldig gemacht. ¹¹¹⁾

Voraussetzung für alle diese Verträge sei jedoch, daß sie ausdrücklich und bestimmt eingegangen und auf Handlungen gerichtet sind, zu denen sich der Verpflichtete angeboten habe. Stillschweigende Verträge, deren Inhalt nicht genau bestimmt sei, würden zu willkürlicher

108) aaO. S. 539/540

109) aaO. S. 543

110) aaO. S. 543 Fußn. 19)

111) aaO. S. 543

Unterstellung einer Handlungspflicht führen ¹¹²⁾.

2. Teilnahme durch Unterlassen

Alle vorstehend dargelegten Grundsätze will SPANGENBERG auch auf die Teilnahme anwenden. Brachte die Unterlassung das Verbrechen allein hervor, soll Täterschaft vorliegen, im anderen Falle Teilnahme, wie das "vorzüglich der Fall bei verletzter Amtspflicht" ist ¹¹³⁾.

3. Stellungnahme zu SPANGENBERGs Ansicht

So sehr sich SPANGENBERG in seinem Ausgangspunkt an FEUERBACH anlehnte, so sehr unterscheidet er sich in seinen Ergebnissen von diesem. Zunächst fällt auf, daß SPANGENBERG unter den Begriff des Vertrages auch die Fälle der Amtspflicht zählt, die FEUERBACH neben den Vertrag gestellt hatte.

Anzuerkennen ist, daß sich SPANGENBERG nicht darauf beschränkt hat, lediglich die Umstände, aus denen sich eine Zwangspflicht ergeben kann, zu nennen, sondern sie einer genauen und eingehenden Untersuchung unterzogen hat. Insbesondere hat er aufzuzeigen versucht, daß es sich um rechtliche und nicht nur moralische Verbindlichkeiten handelt. Wenn er zu der Amtspflicht, dem Gesetz und dem Vertrag noch die persönlichen Verhältnisse als Umstände, die eine Zwangspflicht begründen können, hinzufügte, dürfte es sich nicht um eine zuerst von SPANGENBERG erkannte weitere Möglichkeit zur Begründung einer Zwangspflicht handeln, erscheinen doch diese Verhältnisse schon bei QUISTORP ¹¹⁴⁾.

Nicht einzusehen ist dagegen, daß SPANGENBERG für die Bestrafung des Unterlassens die Entstehung eines Schadens

112) aaO. S. 544/545

113) aaO. S. 550 unter Nr. 2

114) Siehe Seite 44

fordert. Er geht hier wohl von einem Fall aus, der nach heutiger Ansicht ein unechtes Unterlassungsdelikt ist, jedoch behandelt er auch gleichzeitig echte Unterlassungsdelikte, wie z.B. die Nichtanzeige eines Hochverrats ¹¹⁵⁾.

SPANGENBERGS Ausführungen sind daher widerspruchsvoll, da auch er nicht den Unterschied zwischen echten und unechten Unterlassungsdelikten kennt.

V. Die Stellungnahme HENKES

HENKES wesentlichste Veröffentlichungen sind das im Jahre 1815 erschienene "Lehrbuch der Strafrechtswissenschaft" und das zweibändige "Handbuch des Criminalrechts und der Criminalpolitik" ¹¹⁶⁾.

1. Die Stellungnahme im "Lehrbuch"

HENKES Ausführungen über die Strafbarkeit der Unterlassung sind in seinem "Lehrbuch" im ganzen gesehen unergiebig. Auch er kennt die Einteilung in Begehungs- und Unterlassungsverbrechen, "da durch rechtliche Normen nicht bloß Unterlassungen, sondern auch Begehungen zur Verbindlichkeit erhoben werden können." ¹¹⁷⁾ Während er hier diesen Unterschied noch im allgemeinen für wesentlich hält, hat die Einteilung der Beihilfe in positive und negative für HENKE nur den Wert, daß sie für die Bestimmung des Strafmaßes im Einzelfall erheblich ist ¹¹⁸⁾. Den Fall der Nichthinderung eines Verbrechens ordnet HENKE - wie auch TITTMANN ¹¹⁹⁾ - der Begünstigung zu ¹²⁰⁾

115) Neues Archiv des Criminalrechts, Bd. 4 S. 534

116) Der 1. Teil erschien im Jahre 1823, der zweite im Jahre 1826.

117) § 75

118) § 56 Fußnote 1)

119) Siehe Seite 57

120) § 57

und spricht sich ausdrücklich dagegen aus, diesen Fall, wie es FEUERBACH getan hatte ¹²¹⁾, als negative Beihilfe zu bestrafen ¹²²⁾. In derselben Fußnote weist dann HENKE geradezu beiläufig darauf hin, daß die Nichtthinderung eines Verbrechens nur dann strafbar sein könne, wenn dadurch besondere Amtspflichten verletzt würden oder ein Gesetz ausdrücklich die Hinderung des Verbrechens jedem Staatsbürger auferlege. Hierzu beruft sich HENKE auf seine "Beyträge" ¹²³⁾.

Die Möglichkeit der Begehung eines Delikts durch eine Unterlassung bejaht HENKE dann noch bei der Tötung eines Menschen ¹²⁴⁾, ohne jedoch besondere Voraussetzungen der Strafbarkeit zu verlangen. Genauer sagt HENKE dann bei der Frage, ob auch das Delikt der Kuppelei durch Unterlassen begangen werden kann ¹²⁵⁾:

"..... Einerley ist es übrigens, ob diese Handlung positive oder negative (Unterlassungen) sind, vorausgesetzt, daß die Verbindlichkeit begründet war, über die Tugend des Anderen zu wachen."

Hier folgt HENKE wörtlich FEUERBACH ¹²⁶⁾ und verlangt eine besondere Verpflichtung zum Tätigwerden.

2. Die Stellungnahme im "Handbuch des Criminalrechts

In seinem später erschienen "Handbuch des Criminalrechts" beschäftigt sich HENKE in einer für die Autoren seiner

121) Siehe Seite 50

122) § 57 Fußnote 1)

123) Beyträge zur Criminalgesetzgebung, in einer vergleichenden Uebersicht der neuesten Strafgesetzbücher und Entwürfe, S. 201/202

124) §§ 143, 145 152

125) § 453

126) Siehe Seite 51

Zeit beispielhaften Ausführlichkeit mit der Strafbarkeit der Unterlassung. Im Gegensatz zu seiner in dem "Lehrbuch" vertretenen Auffassung, wonach der Unterschied zwischen den Begehungs- und Unterlassungsverbrechen nach dem Ge- bzw. Verbotsinhalt des jeweiligen Gesetzes getroffen wird, findet HENKE den Unterschied in der "Verschiedenheit der Handlung, wodurch ein gesetzwidriger Erfolg hervorgebracht wird" ¹²⁷⁾. HENKE läßt es dann aber nicht bei dieser bloßen Unterscheidung und Einteilung genügen, sondern wirft sodann die weitere Frage auf, "wie das nicht Geschehende und nicht zur Erscheinung kommende die Ursache von demjenigen werden könne, was geschieht." Die besondere Schwierigkeit dieser Frage sieht HENKE darin, daß beim Unterlassen im Gegensatz zum positiven Tun ein "etwas äußerlich Erscheinendes und Erkennbares", das "nach dem Gesetze der Causalität eine rechtswidrige Wirkung hervorbringen könne", nicht vorliegt. Die einzige Möglichkeit der Bestrafung einer Unterlassung findet HENKE darin, "daß man von der Verbindlichkeit ausgeht, einen vorauszusehenden rechtswidrigen Erfolg zu hindern." Ursächlich soll das Unterlassen für einen Erfolg also dann sein, wenn entgegen dieser Verbindlichkeit das, was verhindert werden sollte, nicht gehindert wurde. Für die Strafbarkeit des Unterlassens stellt sich also HENKE folgende Frage ¹²⁸⁾:

"Besondere Schwierigkeit macht dabei nur jene rechtliche Verbindlichkeit zur Verhinderung eines vorauszusehenden rechtswidrigen Erfolges, indem der Staatsbürger als solcher in der Regel nur zu Unterlassungen eine rechtliche Verpflichtung haben kann, nicht

127) § 59 S. 395

128) § 59 S. 396

aber zu Begehungen, durch deren Unterlassung er bürgerlich strafbar werden könnte."

Eine allgemeine, jeden Staatsbürger betreffende Hinderungspflicht strafbarer Handlungen lehnt HENKE ab. Für das Vorliegen einer solchen Verbindlichkeit verlangt er ein besonderes Verhältnis zwischen Personen, "worin dieselben sich einander ganz vorzüglich zugehan sein müssen, und sich gegenseitig zum Schutz und zur Beihülfe verpflichtet sein müssen." Solche Verhältnisse sollen sein: die Ehe, das Verhältnis zwischen Ascendenten und Descendenten, das vormundschaftliche Verhältnis, das Verhältnis des Sklaven zum Herrn, des Soldaten zum Chef, des Untertanen zum Landesherrn in patriarchalisch regierten und Feudalstaaten und das Verhältnis des Staatsbeamten zum Staate. HENKE erkennt auch als Grund einer Verbindlichkeit einen privaten Dienstvertrag an, wenn diese Verträge nur auf die Handlungen gerichtet sind, deren Unterlassung strafbar erscheinen soll.

Interessant ist, daß HENKE von den vorgenannten strafbaren Unterlassungen die unterscheiden will, in denen positive Gesetze über das Vorliegen solcher Verhältnisse hinaus bestimmte Handlungen gebieten. HENKE bezeichnet sie als auf bloßen Polizeiverfügungen beruhende Übertretungen, die zur Förderung des allgemeinen Wohles erlassen worden sind ¹²⁹⁾. Hierher werden z.B. die unterlassene Hinderung eines Hochverrats und Majestätsverbrechens gerechnet. Diese Unterlassungsverbrechen bezeichnet HENKE als gesetzliche Unterlassungsverbrechen. Es komme also neben dem Vertrag oder anderen Verhältnissen auch

129) § 59 S. 397/398

die Begründung einer Verbindlichkeit durch Gesetz in Betracht.

Folgerichtig ist es dann, wenn HENKE im zweiten Teil seines "Handbuchs", in dem er die einzelnen Delikte behandelt, z.B. bei dem Verbrechen der Tötung auch die Möglichkeit der Begehung einer solchen durch Unterlassen kurz erwähnt, im übrigen aber auf seine Ausführungen des ersten Teils verweist ¹³⁰⁾.

Eine gegenüber seinem "Lehrbuch" geänderte Auffassung vertritt HENKE dann bei der Beihilfe durch Unterlassen. Er verlangt jedoch, daß die Vornahme der Handlung, der Hinderung der Straftat, gesetzlich geboten war ¹³¹⁾.

Die im voraus versprochene Unterlassung ist dagegen Beihilfe ¹³²⁾. Fehlt es an einer solchen zugesagten Unterlassung, so stellt sich die Unterlassung bei Vorliegen einer Verbindlichkeit zum Tun wohl als verbrecherisch dar, jedoch nicht im Hinblick auf das nichtverhinderte Verbrechen, sondern als Verletzung dieser besonderen Verbindlichkeit ¹³³⁾.

3. Zusammenfassende Beurteilung der Ergebnisse HENKEs

Daß sich HENKE mit dem Problem der Strafbarkeit des Unterlassens besonders eingehend beschäftigt hat, ist schon erwähnt worden. Interessant ist, daß HENKE die Frage nach der Ursächlichkeit der Unterlassung für einen bestimmten Erfolg gestellt hat. Wenn er die Ursächlichkeit allein für den Fall des Vorliegens einer rechtlichen

130) § 96 S. 24

131) § 44

132) § 43 S. 280

133) § 43 S. 281

Verbindlichkeit bejahen will, ist dies bestimmt unrichtig, denn das äußerliche Erscheinungsbild des Unterlassens ist in jedem Falle unabhängig von einer Rechtspflicht.

Ein Verdienst haben die Ausführungen HENKEs aber insofern für sich, als er immer wieder betont, daß nur eine rechtliche Verbindlichkeit ein Unterlassen strafbar machen könne. Die Verbindlichkeit außerhalb eines solchen Verhältnisses würde "eine bloß moralische seyn, und deren Nichterfüllung nur als Schändlichkeit erscheinen". ¹³⁴⁾ Daraus ist zu erklären, daß HENKE bei der Herleitung einer Verbindlichkeit aus Verträgen ausdrücklich verlangt, daß "diese Verträge n a m e n t l i c h auf diejenigen Handlungen und Dienste gerichtet sind, deren Unterlassung und Nichtleistung als strafbar erscheinen soll" ¹³⁵⁾.

Hingewiesen sei noch auf den Unterschied zwischen den Unterlassungsverbrechen, bei denen sich die rechtliche Verbindlichkeit aus den genannten Verhältnissen ergeben soll, und den von HENKE so genannten gesetzlichen Unterlassungsverbrechen. Wenn HENKE hier auch nicht den Unterschied zwischen den echten und unechten Unterlassungsdelikten erkannt hat, so deutet sich diese Unterscheidung hier jedenfalls an. Nicht ganz einzusehen ist, wenn HENKE für die negative Beihilfe nur eine gesetzliche Verbindlichkeit genügen lassen will.

Zusammenfassend läßt sich sagen, daß HENKE mit seiner gründlichen Untersuchung das Problem entscheidend gefördert hat.

134) § 59 S. 397

135) § 59 S. 397

VI. Die Stellungnahme MARTINS ¹³⁶⁾

MARTIN beurteilt die Strafbarkeit der Unterlassung nach den Grundsätzen, die er für die Strafbarkeit der Handlung aufstellt. Hierzu ist erforderlich, daß eine Zwangspflicht verletzt wird, die sich wiederum aus einem Strafgesetz ergeben muß ¹³⁷⁾. So verlangt MARTIN für die Strafbarkeit sowohl des Begehungs- als auch des Unterlassungsdelikts, die er nach der äußeren Handlung unterscheidet ¹³⁸⁾, die Verletzung einer Zwangspflicht, so daß er zu dem für ihn selbstverständlichen Ergebnis gelangt: ¹³⁹⁾

"..... Daß aber in Ansehung der Unterlassungen, diese nur alsdann ein Verbrechen begründen können, wenn die U n t h ä t i g k e i t s e l b s t schon eine Zwangspflicht verletzt, versteht sich ohne weitere Ausführung."

Nicht ganz folgerichtig ist es dann, wenn MARTIN bei der negativen Beihilfe ¹⁴⁰⁾ die Pflicht, die Verbrechen anderer zu verhindern, sowohl aus einem Strafgesetz als auch aus besonderen persönlichen Verhältnissen herleiten will.

VII. Die Stellungnahme HEFFTERS ¹⁴¹⁾

Auch HEFFTER kennt unter vielen anderen Einteilungen der Delikte die Unterscheidung zwischen delicta commissionis, bei denen ein Prohibitivgesetz verletzt wird, und delicta omissionis, "wo das strafbare Handeln in der Nicht-

¹³⁶⁾ Dem Verfasser liegt hier die 2. Ausgabe des "Lehrbuch des Deutschen gemeinen Criminal-Rechts" (1829) vor.

¹³⁷⁾ aaO. § 13

¹³⁸⁾ aaO. § 69 III

¹³⁹⁾ aaO. § 69 S. 153

¹⁴⁰⁾ aaO. § 77 S. 170

¹⁴¹⁾ Lehrbuch des gemeinen deutschen Criminalrechts, 1. Auflage 1833

erfüllung einer obligatio ad faciendum besteht." ¹⁴²⁾

HEFFTER verlangt also für die Strafbarkeit der Unterlassung ebenfalls eine besondere Rechtspflicht zum positiven Tun. Gleiches bringt er bei der Behandlung der Beihilfe zum Ausdruck. Gehilfe soll auch sein, "wer die ihm obliegende Pflicht der Hinderung eines Verbrechens geflissentlich hintangesetzt hat, damit dasselbe von einem Anderen ausgeführt werde" ¹⁴³⁾. Interessant ist dann, daß HEFFTER im gleichen Paragraphen ¹⁴⁴⁾ ausdrücklich feststellt:

"..... Nicht aber gehört hierher die bloße Nichtanzeige des von einem Anderen beabsichtigten Verbrechens, wenn dabei auch eine Anzeigepflicht gesetzlich begründet war, sofern nicht etwa die Zusage des Stillschweigens zur Aufmunterung des Verbrechens vorher gemacht war."

Hier unterscheidet HEFFTER zwischen Hinderungs- und Anzeigepflicht. Die unterlassene Hinderungspflicht führt zur Bestrafung als Gehilfe, die unterlassene Anzeigepflicht nur dann, wenn sie - vorher zugesagt - den Verbrecher in seinem Plan bestärkt hat. Im letzten Falle handelt es sich dann um eine Beihilfe durch die Bestimmung des Entschlusses des Verbrechers, die HEFFTER ebenfalls kennt ¹⁴⁵⁾ und der positiven Beihilfe zurechnet. Beihilfe ist für HEFFTER Mitverursachung, macht also haftbar für den Erfolg. Wenn HEFFTER die unterlassene Anzeige trotz einer entsprechenden Verpflichtung der Beihilfe entzieht, sieht er in ihr nicht eine Haftung

142) aaO. § 31 S. 46

143) aaO. § 84 d.

144) aaO. unter e.

145) aaO. § 84 a

für den Erfolg, sondern ein selbständiges Delikt. Hier wird also das Problem der strafrechtlichen Haftung für das Unterlassen berührt. Diese Unterscheidung zwischen Nichthinderung und Nichtanzeige führt HEFFTER dann auch bei dem Fall der Nichtanzeige eines Staatsverbrechens durch. Obwohl zur Anzeige eines Staatsverbrechens jeder verpflichtet ist, darf nach HEFFTERS Ansicht den Nichtanzeigenden nicht dieselbe Strafe treffen wie den Mitschuldigen¹⁴⁶⁾.

Hier wird zum ersten Male überhaupt die Frage der strafrechtlichen Haftung für das Unterlassen angesprochen. Daß diese Überlegungen keine abschließende Beantwortung der Frage nach der strafrechtlichen Haftung darstellen, braucht nicht näher begründet zu werden. Jedoch handelt es sich um einen Unterschied, der für die weitere Behandlung des Unterlassens entscheidend wurde.

Dennoch darf nicht verkannt werden, daß auch HEFFTERS Ausführungen zu Bedenken Anlaß geben. Ein großer Mangel besteht vor allem darin, daß nicht näher erläutert wird, woraus sich die Rechtspflicht zum Handeln ergeben kann. Auch bei der Erörterung über die Strafbarkeit der Kuppelei spricht HEFFTER nur davon, daß sie auch durch "pflichtwidrige Zulassung des Geschlechtsgenusses unter anderen Personen" begangen werden kann¹⁴⁷⁾. Der Begriff der Rechtspflicht erscheint zwar in § 35, wo als Voraussetzung für die Strafbarkeit einer Handlung die Verletzung einer in einem Strafgesetz niedergelegten Rechtspflicht gefordert wird. Ob jedoch dieser Begriff der Rechtspflicht mit dem in § 31 gebrauchten Begriff der "obligatio ad faciendum" identisch ist, läßt sich HEFFTERS Ausführungen

146) aaO. § 216 S. 236

147) aaO. S. 468/469 § 454

rungen nicht entnehmen.

VIII. Die Stellungnahme ZACHARIÄs

Untersucht man heute die geschichtlichen Auseinandersetzungen über die Strafbarkeit des Unterlassens, fällt auf, daß der Name eines Rechtslehrers, der das Problem erheblich gefördert hat, nur am Rande oder gar nicht erwähnt wird. KRUG weist auf ZACHARIÄ gar nicht hin ¹⁴⁸⁾, GLASER ¹⁴⁹⁾ bezieht sich nur in einer Fußnote auf ihn.

ZACHARIÄ beschäftigt sich mit der Frage, ob auch bei Unterlassungsverbrechen ein Versuch möglich ist. Hier sieht sich der Verfasser genötigt, zwischen den einzelnen Unterlassungsverbrechen zu unterscheiden. ZACHARIÄ führt hierzu aus: ¹⁵⁰⁾

"Auch die Unterlassungsverbrechen sind nämlich
e n t w e d e r solche, bei welchen der Eintritt

148) "Ueber Unterlassungsverbrechen" in HITZIGs Annalen N.F. Bd. 33 S. 201 ff

149) Abhandlungen II, S. 380 Fußnote 117); ebenso STURM, "Die Commissivdelikte durch Unterlassung", S. 12. Er meint: "..... daß es interessant wäre, die Literatur vor Luden einmal eingehend von ihren ersten Anfängen an zu behandeln." Hier erscheint dann auch der Name ZACHARIÄs, ohne daß STURM weiter darauf eingeht. So erklärt dann auch er LUDEN als den ersten, der den Unterschied zwischen den echten und unechten Unterlassungsdelikten hervorgehoben hat. Hierbei stützt sich STURM allein auf die im Jahre 1840 erschienen Abhandlungen II. In den gleichen Fehler verfällt CLEMENS, Unterlassungsdelikte, S. 14, der die Unterscheidung zwischen den echten und unechten Unterlassungsdelikten zum ersten Male bei dem Badischen Gesetzentwurf des Jahres 1836 zu entdecken glaubt, ohne auch nur ZACHARIÄs im gleichen Jahre erschienene Schrift, "Die Lehre vom Versuche der Verbrechen", Erster Theil, zu erwähnen.

150) Die Lehre vom Versuche der Verbrechen, § 42, S. 66/67

eines gewissen rechtswidrigen Erfolgs, welcher durch positive Thätigkeit hätte abgewendet werden können, z.B. der Tod eines Menschen, zur Vollen- dung des Delicts erfordert wird, - oder die Gesetze verlangen, ohne Rücksicht auf einen bestimmten Er- folg, von Jemandem ein gewisses Handeln und bedrohen die Unterlassung mit Strafe, z.B. die Vernachlässi- gung einer Amtspflicht, Nichtanzeige eines b e - g a n g e n e n Verbrechens, Nichtbefolgung einer polizeilichen Vorschrift."

ZACHARIÄ trennt hier ganz deutlich zwischen der Haftung für einen bestimmten Erfolg und der für die bloße Un- terlassung.

Darüber hinaus bejaht er aber auch die Kausalität zwi- schen einer Unterlassung und einem Erfolg, da der Er- folg durch positive Tätigkeit hätte abgewendet werden können. "Auch", so fährt ZACHARIÄ fort, "läßt sich die äußere Erkennbarkeit als Grundbedingung aller bürgerli- chen Strafe, nicht bezweifeln, insofern nämlich sinnlich wahrnehmbar ist, daß dasjenige nicht geschah, was hätte geschehen sollen." 151)

IX. Die Stellungnahme LUDENS

LUDEN ist der erste, der die Problematik der Strafbar- keit des Unterlassens im Rahmen einer Monographie behan- delt. Im ersten Band seiner "Abhandlungen aus dem gemei- nen deutschen Strafrechte" 152) behandelt er die Frage, ob auch bei Unterlassungsverbrechen ein strafbarer Ver-

151) aaO. § 42 S. 67

152) "Ueber den Versuch des Verbrechens nach gemeinem deutschen Rechte", erschienen 1836

such denkbar sei ¹⁵³⁾. In dem später erschienen zweiten Band seiner "Abhandlungen" ¹⁵⁴⁾ erörtert LUDEN unter dem Abschnitt: "Von der Handlung, durch welche das Verbrechen hervorgebracht wird", die Problematik der Begehungs- und Unterlassungsverbrechen nicht mehr im Hinblick auf eine einzelne bestimmte Rechtsfrage, sondern allgemein ¹⁵⁵⁾.

1. LUDENs Ausgangspunkt für die Behandlung des Unterlassens

Auch LUDEN unterscheidet zunächst zwischen Begehungs- und Unterlassungsverbrechen, wobei sich die Unterscheidung nach der Handlung richtet, durch welche das Verbrechen hervorgebracht worden ist, ob es sich also um eine positive Tätigkeit oder ein Unterlassen handelt ¹⁵⁶⁾. Allein LUDEN läßt es dabei nicht bewenden, daß alle Verbrechen, die durch ein Unterlassen begangen werden, Unterlassungsverbrechen sind, sondern trennt unter ihnen die "Unterlassungsverbrechen im eigentlichen Sinne" ¹⁵⁷⁾ von denen, die durch Unterlassungshandlungen begangen worden sind ¹⁵⁸⁾.

153) Abhandlungen I, S. 467 ff.

154) "Ueber den Thatbestand des Verbrechens nach gemeinem deutschen Rechte", erschienen 1840.

155) Abhandlungen II, S. 219 ff.

156) Abhandlungen II, S. 165/166

157) aaO. S. 219

158) aaO. S. 220 und Abhandlungen I, S. 467-469. Mißverständlich muß es erscheinen, wenn LUDEN (Abhandlungen I, S. 467) erklärt, "daß nicht jedes Verbrechen bloß aus dem Grunde, daß es durch Unterlassungshandlungen begangen wurde, als ein Unterlassungsverbrechen betrachtet werden kann." Der von LUDEN in Abhandlungen II, S. 166 getroffenen Unterscheidung nach, müßte es sich auch bei diesen Delikten um Unterlassungsverbrechen handeln. Diese Unstimmigkeit ist darauf zurückzuführen, daß LUDEN im ersten Band den Begriff der eigentlichen Unterlassungsverbrechen noch nicht kennt. Sachlich besteht kein Unterschied zwischen beiden Bänden.

2. LUDENs Ansicht über den Inhalt des Unterlassens

LUDEN ist - das Ergebnis seiner Untersuchungen vorausnehmend - der Ansicht, daß der Mensch als "gar nicht tuend oder handelnd gar nicht gedacht werden kann."¹⁵⁹⁾ In jedem Gebot sei ein Verbot, so wie umgekehrt in jedem Verbot ein Gebot enthalten ¹⁶⁰⁾. Auch sei es dem Gesetzgeber möglich, seinen Willen in einem Ge- oder Verbot auszudrücken. Hieraus folgert LUDEN - von dieser Grundauffassung aus richtig -, daß sowohl im Falle eines Begehungs- als auch eines Unterlassungsdelikts eine andere Handlung begangen werde, als diejenige, die das Gesetz fordere ¹⁶¹⁾. Zwischen beiden Deliktsarten bestehe also kein Unterschied.

3. Das Erfordernis der Zwangspflicht

Bei seinen Ausführungen über das Erfordernis der Verletzung einer Zwangspflicht zur Strafbarkeit des Unterlassens geht LUDEN von der Unterscheidung zwischen Gesetzes- und Rechtsverbrechen aus. Zu den Gesetzesverbrechen zählt er die Delikte, deren Verletzung allein im objektiven Recht liegt. Rechtsverbrechen sind für ihn die Delikte, die einer Verletzung subjektiver Rechte, d.h. die Verletzung der Rechte eines Dritten beinhalten. Die von LUDEN so genannten eigentlichen Unterlassungsverbrechen, deren Strafgrund allein in einer Unterlassung liegt, sind also Gesetzesverbrechen, da sie die Rechte Dritter nicht berühren. Rechtsverbrechen sind die Delikte, die einen rechtswidrigen Erfolg herbeiführen.

159) Abhandlungen II, S. 221

160) aaO. S. 220 und Abhandlungen I, S. 469/470

161) Abhandlungen II, S. 221

a) Die Zwangspflicht bei den eigentlichen
Unterlassungsverbrechen

Da die eigentlichen Unterlassungsverbrechen nur das objektive Recht, also eine gesetzliche Anordnung verletzen, verlangt LUDEN zur Strafbarkeit immer eine auf einem Gesetz beruhende Zwangspflicht ¹⁶²⁾.

b) Die Zwangspflicht bei den Verbrechen, die
durch Unterlassungshandlungen begangen werden

Bei den Delikten dieser Art vertritt LUDEN eine andere Ansicht. Bei seinen Erörterungen geht er von dem Fall aus, daß ein Kind durch Nichtdarreichen der notwendigen Nahrungsmittel getötet worden ist ¹⁶³⁾.

Die Verletzung der gesetzlichen Unterhaltspflicht enthält nach LUDEN an und für sich kein strafwürdiges Unrecht, sondern nur eine Verletzung auf dem Gebiete des Zivilrechts. Das strafbare Unrecht in diesem Falle liege allein "in der Tötung und der Grund des Verbrechens darin, daß die Unterlassung, welche aber von ihrer anderen Seite aus als Handlung angesehen werden kann, die Richtung hatte, das Leben des Kindes zu verletzen." ¹⁶⁴⁾

Hieraus zieht LUDEN dann den weiteren Schluß, daß es für die strafrechtliche Beurteilung eines Unterlassens "an und für sich" gleichgültig sei, ob eine Alimentationsverbindlichkeit bestanden habe, da jede Handlung, welche auf die Verletzung des Lebens gerichtet ist, denselben Charakter trage. Wie von jeder Handlung gesagt werden könne, daß sie eine bestimmte Richtung, ein Verbrechen zu begründen, besitze, müsse dies auch bei einer Unterlassung, die gleichzeitig eine Handlung beinhalte, möglich

162) Abhandlungen II, S. 222

163) aaO. S. 225 ff.

164) Abhandlungen II, S. 225

sein. Die Hauptfrage, mit der sich LUDEN also beschäftigen muß, ist die, wann von einer Unterlassung gesagt werden könne, daß sie die Richtung auf ein anderes Verbrechen habe, andernfalls nur ein eigentliches Unterlassungsverbrechen vorliegen könne ¹⁶⁵⁾.

Diese Frage muß LUDEN dann, da er eine Verbindlichkeit aus einem Vertrag oder einer sonstigen nicht strafrechtlichen Verpflichtung als Rechtsgrund für die Strafbarkeit leugnet, jedem Unterlassen zuerkennen. Er schränkt aber diese weite Ansicht damit ein, daß sich aus den besonderen Umständen des Einzelfalles ergeben muß, daß diese Richtung vorlag. Als ein wesentliches Anzeichen hierfür bezeichnet er eine nicht erfüllte außerstrafrechtliche Verbindlichkeit. Diese ist damit also nur "factische Voraussetzung für die Begehung eines Verbrechens durch Unterlassung". ¹⁶⁶⁾

4. Die Kausalität der Unterlassung

Neben der faktischen Voraussetzung einer nicht erfüllten außerstrafrechtlichen Verbindlichkeit verlangt LUDEN, daß die Unterlassung zu der verbrecherischen Wirkung geführt hat ¹⁶⁷⁾. Wo die Unterlassung den Erfolg nicht herbeigeführt habe, könne auch nicht behauptet werden, daß die Unterlassung die Richtung auf ein anderes Verbrechen gehabt habe.

LUDEN behandelt diese Frage an dem Fall der Nichthinderung eines Verbrechens ¹⁶⁸⁾. Er geht davon aus, daß der Erfolg nicht notwendig durch Kräfte, die der Unterlassende in Bewegung gesetzt habe, herbeigeführt werden muß. Kausalität zwischen dem Unterlassen und dem Erfolg

165) Abhandlungen II, S. 226

166) Abhandlungen II, S. 232

167) aaO. S. 236

bestehe auch da, wo diese Kräfte in ihrer Wirksamkeit hätten aufgehalten werden können. Voraussetzung sei jedoch hier, daß der Unterlassende rechtlich verpflichtet war, durch positive Handlungen dem Wirken dieser Kräfte entgegenzutreten. Diese Verbindlichkeit könne aber nur durch Gesetz begründet werden und stelle sich dann als ein selbständiges Unterlassungsverbrechen dar. In keinem Falle könne hier gesagt werden, daß das Nichthindern die Ursache der Straftat sei und das Verbrechen dem Unterlassenden als Urheber zugerechnet werden könne ¹⁶⁹⁾.

Etwas anderes soll nach LUDEN ¹⁷⁰⁾ aber dann gelten, "wenn die Unterlassung nach denjenigen Gesetzen des Causalzusammenhanges, welche bei jedem Menschen von gewöhnlichen Geistesgaben als bekannt vorausgesetzt werden müssen, dem Unterlassenden als die alleinige Ursache eines verbrecherischen Erfolges erscheinen mußte". Hier liege eine Urheberschaft deshalb vor, weil der Mensch, der mit seiner Handlung einen bestimmten Zweck verfolge, immer "auf die Mitwirkung der ihm bekannten Gesetze des Causalzusammenhanges" rechne. Nehme der Handelnde diese Gesetze des Kausalzusammenhanges in sein Verhalten und seinen Willen mit auf, komme es nicht mehr darauf an, ob er die Kräfte der Natur selbst in Bewegung gesetzt oder diese nur zu seinen Zwecken gebraucht hat. Entscheidend sei allein, ob er die Wirksamkeit dieser Naturkräfte in der Gewalt hatte und sie entsprechend seinem Vorhaben wirken ließ. Zwar stelle sich dieses Geschehenlassen der Naturkräfte zunächst nur als ein Unterlassen dar. Auf der anderen Seite enthalte dieses Unterlassen doch zugleich eine positive Handlung.

169) Abhandlungen I, S. 471

170) Abhandlungen I, S. 472 ff.

"Denn während er das Eine unterließ, muß er nothwendig etwas Anderes getan haben, und das muß immer eine positive Handlung gewesen sein, sollte es auch in bloßem Zusehen oder in einer Ortsentfernung bestanden haben. Und diese positive Handlung ist als dann die alleinige Ursache des verbrecherischen Erfolges." ¹⁷¹⁾

5. LUDENs Kritik an FEUERBACH, SPANGENBERG und MARTIN

Angesichts der von LUDEN vertretenen Ansicht muß die Kritik an anderen Autoren im wesentlichen ablehnend sein.

MARTIN ¹⁷²⁾, der für die Strafbarkeit der Unterlassung verlangte, daß die Untätigkeit selbst schon eine Zwangspflicht verletzen müsse, gibt LUDEN nur insoweit Recht, als es sich um die eigentlichen Unterlassungsverbrechen handle ¹⁷³⁾. Es sei eben gerade keine Eigentümlichkeit der Unterlassungsverbrechen, daß eine Zwangspflicht verletzt sein müsse. Diese Voraussetzung bestehe auch bei den Begehungsverbrechen, welche in die Klasse der Gesetzesverbrechen gehören. Soweit MARTIN das Erfordernis der Verletzung einer Zwangspflicht auch für Verbrechen, die durch Unterlassungshandlungen begangen werden, verlange, folgt LUDEN den Ausführungen angesichts seiner bereits dargelegten Ansicht nicht ¹⁷⁴⁾.

Zunächst soll auf die an FEUERBACH geübte Kritik, seine Auffassung widerspreche seinem Grundprinzip, nulla poena

¹⁷¹⁾ aaO. S. 474

¹⁷²⁾ Siehe Seite 82

¹⁷³⁾ Abhandlungen II, S. 222

¹⁷⁴⁾ aaO. S. 224/225

(und nullum crimem) sine lege, eingegangen werden ¹⁷⁵⁾. Mag dieser Vorwurf im Ergebnis begründet sein, so darf doch nicht vergessen werden, daß noch zu FEUERBACHs Zeiten die Unterscheidung zwischen den Begehungs- und Unterlassungsverbrechen als wertlos bezeichnet wurde, auf der anderen Seite aber selbstverständlich angenommen wurde, daß der Kindermord auch durch negative Handlungen begangen werden kann ¹⁷⁶⁾. FEUERBACHs Bemühungen gingen gerade dahin, die Strafbarkeit des Unterlassens wissenschaftlich zu begründen, um sie so der gerichtlichen Willkür zu entziehen.

LUDENs Kritik, die sich zugleich auf SPANGENBERG erstreckt, der sich ja auf FEUERBACH gestützt hatte ¹⁷⁷⁾, ist von seinem Standpunkt aus folgerichtig. FEUERBACH und SPANGENBERG hatten die Zwangspflicht aus dem Gesetz, einem Vertrag und den persönlichen Verhältnissen als Rechtsgrund der Strafbarkeit des Unterlassens angesehen. Aber gerade hiergegen hatte sich LUDEN ausgesprochen. Wie in der Folgezeit LUDENs Ansicht beurteilt wurde, wird später dargestellt ¹⁷⁸⁾.

6. Zusammenfassende Betrachtung der Ansicht LUDENs

Mag auch LUDEN den Unterschied zwischen den von ihm so genannten eigentlichen (echten) Unterlassungsverbrechen und den Verbrechen, die lediglich durch Unterlassungshandlungen begangen werden (unechten Unterlassungsverbrechen), nicht als erster erkannt haben, ¹⁷⁹⁾ so ist es doch sein unbestreitbares Verdienst, daß er diesen Unterschied in die Erörterungen der Rechtslehre eingeführt hat.

175) Abhandlungen II, S. 227

176) So GROLMANN in der 4. Auflage seiner "Grundsätze", erschienen im Jahre 1825

177) Siehe Seite 70

178) Siehe unten Seite 102 ff.

179) Siehe Seite 85 Anm. 149

Damit war das eigentliche Problem des strafrechtlichen Unterlassens, das die Rechtslehre bis zu diesem Tage verkannt hatte, aufgezeigt und den folgenden Autoren der Weg gewiesen.

Eine Kritik der Ansicht LUDENS soll hier nicht gegeben werden. Die auf LUDEN folgenden Autoren haben seine Stellungnahme eingehend behandelt. Entsprechend den Zielen einer historischen Untersuchung soll allein die an LUDENS Ansicht geübte Kritik dargestellt werden.

X. Zusammenfassende Beurteilung der Erörterungen der Rechtslehre bis zur Mitte des 19. Jahrhunderts

Hatte sich die Rechtslehre des ausgehenden 18. Jahrhunderts mit der Frage der Strafbarkeit des Unterlassens überwiegend bei der Teilnahme beschäftigt, so zeigen die Stellungnahmen der hier in Rede stehenden Epochen, daß das Problem nunmehr auch der täterschaftlichen Begehung eines Delikts zugeordnet wird.

Das ausgehende 18. Jahrhundert hatte die Unterscheidung zwischen Begehungs- und Unterlassungsverbrechen nach dem jeweiligen Gesetzesinhalt getroffen. Damit aber ergab sich für die Autoren dieser Zeit bei dieser Einteilung der Straftaten nicht das Problem der Zwangspflicht, denn diese war notwendig immer das Gesetz selbst, das entweder eine Handlung oder ein Unterlassen gebot. Erst die von FEUERBACH in der 2. Auflage seines "Lehrbuchs" gewählte Einteilung der Verbrechen nach der Erscheinungsform des Handelns im Einzelfall brachte die Frage nach der Zwangspflicht mit sich, denn man erkannte, daß bei den nach heutiger Auffassung unechten Unterlassungs-

delikten das positive Gesetz wohl ein Unterlassen, nicht aber eine positive Handlung gebot. So ist es dann auch zu erklären, daß die Rechtslehre des ausgehenden 18. Jahrhunderts die Frage der Zwangspflicht zum positiven Tun nur bei der negativen Beihilfe behandelte, wo die Unterscheidung ja auch nach der äusseren Erscheinungsform des Handelns vorgenommen wurde. So war der eigentliche Ausgangspunkt für die allgemeine Untersuchung des Begriffs der Zwangspflicht auch bei der täterschaftlichen Begehung die von FEUERBACH getroffene Unterscheidung, der die Literatur zum größten Teile folgte ¹⁸⁰⁾.

Aufgrund der Erörterungen über die Strafbarkeit der Unterlassung kann man sagen, daß die herrschende Meinung in der Rechtslehre um die Mitte des 19. Jahrhunderts dahin ging, daß zur Strafbarkeit des Unterlassens nicht immer eine gesetzliche Regelung vorhanden sein muß, die eine Handlung gebietet, sondern daß auch besondere Verhältnisse eine Zwangspflicht begründen, deren Verletzung zur Strafbarkeit führt ¹⁸¹⁾. Solche Zwangspflichten zu positiver Tätigkeit werden im wesent-

180) FEUERBACHs Einteilung wählten:

TITTMANN, siehe Seite 54; HENKE, siehe Seite 78, der aber zuerst anderer Ansicht war (siehe Seite 76); SPANGENBERG, siehe Seite 70; MARTIN, siehe Seite 82; LUDEN, siehe Seite 87; KÖSTLIN, System § 80; WEIGAND, Erörterungen der wichtigsten Lehren, S. 61

Anderer Ansicht:

SALCHOW, Lehrbuch, § 13; SCHAFFRATH, Theorie vom Thatbestand, § 231.

181) Anderer Ansicht nur: SALCHOW, Lehrbuch, §§ 10 und 13, der immer eine gesetzliche Zwangspflicht verlangt. Ebenso: MORSTADT, Kritischer Commentar zu FEUERBACHs Lehrbuch, S. 46 Fußnote 3).

lichen aus einer Amtsverbindlichkeit, einer strafbaren vorangegangenen Handlung, einem Vertrag oder persönlichen Verhältnissen hergeleitet, wobei diese Begriffe bei den einzelnen Autoren nicht immer denselben Inhalt haben ¹⁸²⁾.

Nicht verwunderlich ist es, wenn die Frage der rechtlichen Verbindlichkeit besonders im Gegensatz zur bloß moralischen Pflicht untersucht wird ¹⁸³⁾. Hierbei handelte es sich um eine Forderung der Zeit, denn für die Beurteilung des Rechts waren KANTS Darstellungen wesentlich geworden, der eine Trennung zwischen Recht und Sittlichkeit und zwischen Legalität und Moralität vorgenommen hatte. Hatte sich schon FEUERBACH allgemein mit dem Verhältnis zwischen Recht und Sittlichkeit beschäftigt und dabei die Selbständigkeit des Rechts betont ¹⁸⁴⁾, so gab gerade die hier behandelte Frage zu besonderen Überlegungen in dieser Hinsicht Anlaß. SPANGENBERG - und ihm folgend HENKE - will dann eine Verpflichtung zum positiven Tun aus einem Vertrage nur herleiten, wenn er ausdrücklich und bestimmt auf die

182) So z.B. die unterschiedliche Auffassung über den Inhalt des Begriffs Vertrag bei FEUERBACH und SPANGENBERG; siehe hierzu Seite 75

183) So insbesondere SPANGENBERG (Seite 73), HENKE (Seite 81) und andeutungsweise STÜBEL, der von einer bloßen "Tugendpflicht" sprach. (Siehe Seite 67)

184) Revision I S. 66: "Es ist nicht das Pflichtwidrige und Sündige, sondern allein die Gefährlichkeit und Schändlichkeit der Tat (für den rechtlichen Zustand), welche der Staat bestraft."

Handlung gerichtet ist, zu deren Begehung sich der Verpflichtete angeboten hat und deren Unterlassung strafbar sein soll. Aus diesem Grunde lehnt es SPANGENBERG auch ab, eine Zwangspflicht aus einem stillschweigenden Vertrag zu entnehmen.

Was bei einer rückschauenden Betrachtung weiter auffällt, ist die Tatsache, daß die Frage der Ursächlichkeit eines Unterlassens für einen bestimmten Erfolg mit allem Nachdruck nur von LUDEN untersucht worden ist ¹⁸⁵⁾. Die Gründe hierfür liegen darin, daß man im Grunde an der Kausalität des Unterlassens nicht zweifelte. So geht auch FEUERBACH von der Möglichkeit der Kausalität des Unterlassens für den Erfolg aus, wenn er z.B. bei der Tötung sagt, daß die Verbindlichkeit zu einer positiven Handlung besteht, "deren Unterlassung die Ursache des Todes des andern geworden ist." ¹⁸⁶⁾ Ebenso verlangt er für das Delikt des Kindermordes eine rechtswidrige Unterlassung der Mutter, "welche die Ursache des erfolgten Todes war ..." ¹⁸⁷⁾

Allgemeine Grundsätze über die Kausalität des Unterlassens für einen bestimmten Erfolg enthält FEUERBACHs Lehrbuch nicht. Sie lassen sich nur aus anderen Erörterungen entnehmen. So führt er über die Kausalität des Unterlassens bei der Beihilfe aus: ¹⁸⁸⁾

185) Vorher insbesondere HENKE. Siehe hierzu Seite 78

186) Lehrbuch, 4. Auflage § 211; auch NAGLER (GS 111, 11) weist darauf hin, daß FEUERBACH die Kausalität des Unterlassens unterstellte.

187) aaO. § 237

188) aaO. § 45 S. 46

"..... so können auch Andere an der Übertretung des Urhebers durch solche Handlungen Theil nehmen, welche zwar für sich betrachtet das Verbrechen nicht hervorbringen, aber durch Beförderung der Causalität des Urhebers zu dessen Entstehung mit beytragen. Wer sich absichtlich solcher Handlungen oder U n t e r l a s s u n - g e n ¹⁸⁹⁾ schuldig macht, heisst Gehülfe (socius delicti)".

FEUERBACH geht hier von dem Fall aus, daß ein anderer schon das Verbrechen begonnen hat. Eine Urheber-schaft soll nun nicht mehr möglich sein, da das Verbrechen schon "hervorgebracht" ist. Wenn er dann aber hinzufügt, daß zur Entstehung des Verbrechens noch Beiträge durch Handlungen oder Unterlassungen möglich sind, bejaht er damit **auch** die Kausalität des Unterlassens für einen Erfolg. Angesichts dieser Gleichstellung des positiven Tuns mit der Unterlassung, kann dann wohl auch die in § 44 seines Lehrbuchs bestimmte Kausalität des Urhebers, in dem FEUERBACH nur von Handlungen spricht, auf das Unterlassen übertragen werden. Das aber zeigt deutlich, daß FEUERBACH von der Kausalität des Unterlassens für einen Erfolg ausging. Ebenso selbstverständlich hat auch TITTMANN in § 21 seines "Entwurfes"¹⁹⁰⁾ die Kausalität des Unterlassens bejaht.

Die wirklich große Förderung der hier behandelten Frage liegt in der Trennung zwischen den echten und unechten Unterlassungsdelikten. Interessant ist dabei, daß dieser Unterschied zum ersten Male bei der Erörterung,

189) Hervorhebung des Verfassers

190) Siehe Seite 58

ob der Versuch eines Unterlassungsverbrechens denkbar ist, in die Literatur Eingang gefunden hat. Hier waren die Verfasser gezwungen, zwischen beiden Deliktsarten zu unterscheiden. LUDEN hat dann diese Unterscheidung für die Strafbarkeit des unechten Unterlassungsdelikts verwendet.

C. Die Stellungnahmen in der Literatur von
der Mitte des 19. Jahrhunderts bis zur
Rechtsprechung des Reichsgerichts

Die Erörterungen der Literatur der zweiten Hälfte des 19. Jahrhunderts werfen unter Verwendung der bisherigen Erkenntnisse neue Fragen auf.

Ausgangspunkt für die nun zu behandelnde Epoche ist die allgemeine Anerkennung der Unterscheidung zwischen den echten und unechten Unterlassungsdelikten ¹⁹¹⁾. Sie wird streng durchgeführt und ermöglicht so eine gewinnbringende und systematische Vertiefung der Erkenntnisse des beginnenden 19. Jahrhunderts.

Allein, schon äußerlich ist auffällig, daß die nun folgenden entscheidenden Untersuchungen nicht mehr in Lehrbüchern enthalten sind und sich nicht in lehrbuchmäßiger Darstellung erschöpfen. Ganz überwiegend wird die monographische Darstellung gewählt. So wird, was in der ersten Hälfte des 19. Jahrhunderts in geradezu selbstverständlicher Kürze dargestellt wurde, nun auch gründlicher untersucht.

War bisher hauptsächlich die Frage behandelt worden, aus welchen Umständen sich eine Rechtspflicht zum positiven Tun entnehmen lasse, so steht nun die Frage der Kausalität der Unterlassung im Vordergrund. Im Mittel-

191) Außer den im folgenden genannten Autoren: FRIEDRICH, BARTH, DEMME: Die Grundbegriffe des Criminalrechts, S. 401; MAREZOLL, Das gemeine deutsche Criminalrecht, S. 69 Fußnote 3; MITTERMAIER, Lehrbuch, § 24 Fußnote 1)

punkt dieser Darstellungen steht LUDENS Abhandlung, der diese Frage zum ersten Male ausführlich behandelt hatte. Die an LUDEN geübte Kritik soll daher dem ersten Teil der folgenden Untersuchungen vorbehalten bleiben. Der zweite Teil wird dann den neueren Ansichten gewidmet werden. Hier wird sich zeigen, daß das Merkmal der Rechtspflicht auch für die Begründung des Kausalzusammenhanges herangezogen worden ist.

I. Die Kritik der Ansicht LUDENS

Fast jede auf LUDEN folgende Stellungnahme hat sich mit seinen Ausführungen beschäftigt und sie manches Mal einer sehr harten Kritik unterzogen. Es wird sich jedoch im zweiten Teile zeigen, daß LUDENS Ansicht für fast alle späteren Autoren den Ausgangspunkt geschaffen hatte.

1. Die Ansicht KRUGS

Als erster hat sich KRUG in seiner Abhandlung "Ueber Unterlassungsverbrechen" ¹⁹²⁾, die entgegen CLEMENS Ansicht ¹⁹³⁾ schon im Jahre 1853 veröffentlicht wurde, mit LUDENS Ansicht eingehend beschäftigt.

Nach einer kurzen Darstellung der Ansichten älterer Autoren, die hier nicht mehr erheblich sind, wendet sich KRUG dann LUDEN zu ¹⁹⁴⁾. KRUG greift LUDENS Ansicht bei seinem Ausgangspunkt an, wonach jedes Unterlassen auf der anderen Seite eine positive Handlung beinhalte,

192) In Hitzig's Annalen, alte Folge Bd. 63 = neue Folge Bd. 33 S. 201 ff.

193) CLEMENS, Unterlassungsdelikte, S. 16;

194) aaO. S. 208 ff.

die dann alleinige Ursache des Erfolges sei. "Hier-nach", so folgert KRUG weiter ¹⁹⁵⁾, "müßten wir also, wenn die Mutter, während sie dem Säugling Nahrung reichen sollte, Strümpfe gestrickt hat, sagen, das Kind sei am Strümpfestricken verstorben".

Da jede Unterlassung jedoch voraussetze, daß der Unterlassende gleichzeitig etwas anderes getan habe, müßte LUDEN jeder Unterlassen einer Handlung, durch die ein verbrecherischer Erfolg hätte verhindert werden können, für den Erfolg als kausal ansehen. Auf eine besondere Verpflichtung zum positiven Tun komme es dann aber nicht an. ¹⁹⁶⁾ Darüber hinaus hätte diese Annahme aber auch zur Folge, daß der Unterlassende als Urheber des Erfolges anzusehen sei, denn er hätte ihn ja dann - bei der Nichtbehinderung des Verbrechens eines anderen durch jenen - aufgrund positiver Handlungen herbeigeführt. Wenn LUDEN dieses unmögliche Ergebnis damit mildern wolle, daß er zwischen dem Waltenlassen der Naturkräfte und dem Geschehenlassen einer fremden Handlung unterscheidet, ¹⁹⁷⁾ scheitere dies daran, ¹⁹⁸⁾ daß sich kein ausreichendes Unterscheidungsmerkmal zur Trennung beider Möglichkeiten finden lasse. Insbesondere dann, wenn der Unterlassende wisse, was der andere tun wolle, stehe für ihn die Handlung des anderen dem Waltenlassen der Naturkräfte gleich, so etwa, wenn der Unterlassende wisse, daß der andere einen

195) aaO. S. 210

196) aaO. S. 210

197) Siehe Seite 91

198) KRUG aaO. S. 211

auch von ihm gehaßten Feind umbringen will, und er dies auch wolle. 199)

Darüber hinaus gehe LUDEN auch von einer falschen Voraussetzung aus, wenn er meint, Kausalität zwischen dem Unterlassen und dem Erfolg bestehe dann, wenn dieser durch entgegengesetzte Handlungen hätte gehindert werden können. 200) Die eigentliche Frage müsse dahin gestellt werden, ob das Unterlassen überhaupt einen Erfolg nach sich ziehen könne 201). Der kraftlos gewordene Schwimmer, der nicht gerettet werde, sei das Opfer seiner Unvorsichtigkeit und der hierdurch in Tätigkeit gesetzten Naturkräfte. Ursache könne die unterlassene Rettung nicht sein, denn - so fährt KRUG fort - 202) Untätigkeit "ist = 0. Aus nichts wird aber nichts". Könne aber der Erfolg nicht zugerechnet werden, könne er auch kein Verbrechen begründen. Die imputatio juris setze die imputatio facti voraus. Selbst wenn der Unterlassende den Tod des kraftlosen Schwimmers gewünscht haben sollte, könne dies nicht zur Bestrafung führen, da nur eine verbrecherische Absicht vorliege 203).

Ebenso lasse sich nicht sagen, der Unterlassende habe die Naturkräfte benutzt und dadurch einen schädlichen Erfolg herbeigeführt. Dies setze immer ein gewisses Handeln - und wie KRUG hinzufügt: ein vorsätzliches - voraus. Wer nach entdeckter Feuersbrunst ein Fenster öffene, um dem Feuer Zugluft zu verschaffen, benutze die Natur-

199) aaO. S. 211

200) Siehe Seite 90/91

201) aaO. S. 211/212

202) aaO. S. 212

203) aaO. 212

kräfte durch positives Tun, sei aber nicht untätig.

Auch LUDENs weitere Argumentation, jeder sei gehalten zu handeln, wenn die Unterlassung als alleinige Ursache des Erfolges erscheine ²⁰⁴⁾, gehe von der Kausalität der Unterlassung aus, die gerade erst bewiesen werden müsse.

KRUG schließt seine Kritik der Ansichten LUDENs mit dem Hinweis, daß dieser allein von allen anderen Autoren auf den richtigen Gesichtspunkt hingewiesen habe, "indem er das Unterlassen auf ein positives Handeln, und die Beurtheilung desselben auf die Grundsätze vom Causalzusammenhange zurückführt." ²⁰⁵⁾

2. Die Ansicht GLASERs

GLASER ²⁰⁶⁾ hebt in seiner leidenschaftlichen Kritik zunächst hervor, daß LUDEN die Widerlegung der Theorie FEUERBACHs und SPANGENBERGs, der GLASER beiträgt ²⁰⁷⁾, gelungen sei, fährt dann aber fort, daß diese Widerlegung "um so gefährlicher war, weil sie an die Stelle der früheren Principlosigkeit ein falsches Princip setzte" ²⁰⁸⁾. Ein großes Verdienst LUDENs bestehe jedoch darin, daß er den einzig richtigen Ausgangspunkt - die Prüfung des Kausalzusammenhanges - gefunden habe, indem er die Einteilung in Begehungs- und Unterlassungsdelikte von der Handlung her traf, durch welche das Ver-

204) Siehe Seite 91

205) aaO. S. 213

206) Abhandlungen II, S. 379 ff.

207) aaO. S. 371-376

208) aaO. S. 379

brechen hervorgebracht worden ist. ²⁰⁹⁾ Diese Unterscheidung habe LUDEN notwendig zu der Trennung zwischen eigentlichen Unterlassungsdelikten und den Unterlassungen als Begehungsweisen eines Kommissivdelikts geführt. Diese mit Recht vorgenommene Unterscheidung werte LUDEN dann selbst - und hierin bestehe sein eigentlicher Mangel - wieder zu einer "formalen Distinction" ²¹⁰⁾ ab, wenn er meint, in jedem Gebot sei ein Verbot und in jedem Verbot ein Gebot enthalten ²¹¹⁾. Daß der Unterschied zwischen Geboten und Verboten lediglich ein formeller sei, ließe sich vielleicht noch bei dem gebietenden Gesetz halten. Hier wähle das Gesetz von allen möglichen Handlungsweisen des Menschen eine, die es ihm zur Pflicht mache. Alle anderen Verhaltensweisen wären, da sie mit der geforderten in Widerspruch stünden, verboten. Dies lasse sich jedoch nicht umgekehrt behaupten, wenn eine bestimmte Handlungsweise verboten ist. Hier könne man nicht sagen, daß alle anderen möglichen Verhaltensweisen geboten seien, ²¹²⁾ man könne mehreres zugleich unterlassen, aber nicht zusammen tun.

Hinzu komme noch, daß es dem Strafrecht weniger darauf ankomme, daß ein Mensch sich in einer bestimmten Weise verhalte. Entscheidend sei hauptsächlich, daß der Eintritt eines bestimmten Erfolges vermieden werde ²¹³⁾. Der grundsätzliche Unterschied zwischen dem Ge- und Verbot bestehe also darin, daß das Gebot der Tätigkeit des Menschen eine bestimmte Richtung anweise, das Verbot ihr

209) aaO. S. 379

210) aaO. S. 380

211) aaO. S. 380

212) aaO. S. 384

213) aaO. S. 385

dagegen freien Lauf lasse und nur eine Richtung annehme ²¹⁴⁾.

Darüber hinaus könne man nicht sagen, daß auch derjenige Urheber eines Erfolges sei, der die Naturkräfte geschehen lasse. Richtig sei, daß der Mensch sich bei seinem Handeln auch der Naturkräfte bediene. Das aber erfordere, daß er dem Lauf dieser Naturkräfte den Anstoß oder die Richtung geben müsse. Das bloß negative Verhalten desjenigen, der die Naturkräfte nicht hemme, könne nie die Ursache eines Erfolges sein. Wenn LUDEN diese Unmöglichkeit seines Ergebnisses dadurch zu umgehen suche, daß er erklärt, daß jedes Unterlassen auf der anderen Seite ein positives Tun beinhalte und dieses dann die alleinige Ursache des Erfolges sein solle ²¹⁵⁾, sei demgegenüber zu bemerken, daß zwischen diesen positiven Handlungen und dem Erfolg gar kein Kausalzusammenhang bestehen könne. Derjenige nämlich, der ein ausgebrochenes Feuer nicht löschte, sondern fortgegangen sei, ging fort, weil er nicht löschte oder nicht löschen wollte. Es lasse sich aber nicht sagen, er löschte deshalb nicht, weil er sich entfernte. Der positive Akt - hier das Weggehen - falle gar nicht in den Bereich des Kausalzusammenhanges ²¹⁶⁾.

3. Die Ergebnisse der Kritik an LUDEN

KRUG und GLASER sind nicht die einzigen Autoren, die die Feststellungen LUDENS einer gründlichen und ebenso erfolgreichen Kritik unterzogen ²¹⁷⁾. Jedoch sollen sie

214) aaO. S. 386

215) aaO. S. 387

216) aaO. S. 388§

217) So z.B. auch: ALDOSSER, Inwieferne können durch Unterlassungen strafbare Handlungen begangen werden?, S. 6-13; v. ROHLAND, Die strafbare Unterlassung, S. 6-10; BINDING, Normen II, S. 206

allein im Rahmen der vorliegenden Untersuchung genannt sein. Ihr Verdienst ist es, soweit auch sie von LUDEN beeinflusst sein mögen, dessen Vorstellungen über den Inhalt des Unterlassens widerlegt zu haben. Es ist eben nicht jene positive Handlung, die während der Unterlassung begangen wird, die den Erfolg verursacht. Gerade LUDEN, der als erster den Kausalzusammenhang als Voraussetzung für die Strafbarkeit der Unterlassung betont und untersucht hatte, verfiel gleichzeitig in einen großen Irrtum über die Ursächlichkeit, was aber seinen Grund nicht so sehr in einer falschen Vorstellung über den Kausalnexus findet, als vielmehr in der irrigen Ansicht über den Inhalt des Unterlassens. Für LUDEN hätte es folgerichtig der Rechtspflicht gar nicht mehr bedurft, denn diese wäre immer das Gesetz gewesen. Das aber steht in einem augenfälligen Widerspruch dazu, daß er sie noch als faktische Voraussetzung heranzog.

II. Die auf LUDEN folgenden Autoren

Hatte LUDEN die von ihm in aller Schärfe aufgeworfene Frage der Ursächlichkeit des Unterlassens für einen Erfolg nicht beantworten können, so erscheint es beinahe selbstverständlich, daß sie für die folgende Zeit im Mittelpunkt der Erörterungen stand. So sind denn alle folgenden großen Darstellungen bemüht, dieses Problem zu klären. Gleichzeitig brachte die Widerlegung der Ansicht LUDENS, der die Rechtspflicht zum Handeln ja nur als faktische Voraussetzung gefordert hatte, eine neue Haltung gegenüber der Zwangspflicht mit sich, die nun - wenn auch mit anderem Inhalt als bisher - immer wieder zur Begründung der Ursächlichkeit des Unterlassens für einen Erfolg herangezogen wurde. Welche unterschiedliche Bedeutung dem Rechtsinstitut der "Rechtspflicht" zuerkannt wurde, soll im folgenden aufgezeigt werden.

1. Die Begründung der Kausalität mit Hilfe
der der Unterlassung vorausgegangenen
Handlung

Schon die hier gewählte Abschnittsüberschrift läßt den gegenüber der Ansicht LUDENS anderen Ausgangspunkt erkennen. Hatte LUDEN die mit der Unterlassung gleichzeitig begangene Handlung zur Begründung des Kausalzusammenhangs betont, so ist es nun das der Unterlassung vorangegangene Verhalten. Schon auf den ersten Blick ist hier eine Parallelität zu STÜBEL zu erkennen, der schon lange Zeit vorher das vorangegangene Tun als ein eine Rechtspflicht zum Handeln begründendes Verhalten anerkannt hatte. ²¹⁸⁾

a. KRUGs eigene Ansicht

KRUG teilt seine Untersuchungen in zwei Teile ein. Im ersten Abschnitt behandelt er die täterschaftliche Begehung eines Delikts durch Unterlassen (unten aa.). Den zweiten Teil widmet er der negativen Teilnahme (unten bb.).

aa. Die Urheberschaft durch Unterlassen

KRUGs Ausgangspunkt ist schon bei der Darstellung seiner Kritik an LUDEN aufgezeigt worden ²¹⁹⁾. Er sieht in dem Untätigsein ein nullum. Aus nichts werde nichts, ist seine Grundthese, von der er ausgeht ²²⁰⁾. Da aber die strafrechtliche Zurechnung eines Erfolges nach KRUG voraussetzt, daß in einem menschlichen Verhalten seine Ursache liegt ²²¹⁾, kann er den Kausalzusammenhang nur dann bejahen, "wenn es (das Unterlassen) ²²²⁾ Bestandtheil der

218) Siehe Seite 64 ff., 67 219) Siehe Seite 102 ff.

220) Hitzig's Annalen Bd. 63, 221) aaO. S. 213
S. 212

222) Zusatz des Verfassers

positiven Handlungsweise des Unterlassers wird, mit anderen Worten, daß es mit Handlungen desselben, welche mit dem Erfolge im Causalverhältnis stehen, in Verbindung tritt". 223) In diesen Handlungen sieht KRUG aber, nicht wie es LUDEN getan hatte, die, die der Unterlassende in dieser Zeit vornimmt, sondern die, die der Unterlassung vorausgegangen sind. Als solche Handlungen bezeichnet KRUG die, durch welche sich jemand zu einer bestimmten Tätigkeit verpflichtet und die, durch welche er sich zu einer Unterlassung derselben verpflichtet hat. Letztere sind nach KRUG nur bei der negativen Teilnahme denkbar, scheiden hier also zunächst aus.

Hatte KRUG bei dem Beispiel des kraftlosen Schwimmers, der von dem Dabeistehenden nicht gerettet wurde, die Kausalität zwischen dem Erfolg und der Unterlassung geleugnet 224), geht er nun von dem dahin abgeänderten Fall aus, daß der Dabeistehende vorher dem Schwimmer versprochen hatte, ihn, wenn nötig, zu retten und dieser daraufhin erst das Bad gewagt hatte. Hier will KRUG die Kausalität zwischen dem Unterlassen und dem eingetretenen Erfolg bejahen, da das Unterlassen mit dem vorher gegebenen Versprechen in Verbindung stehe. Ohne dieses Versprechen - so folgert KRUG weiter - hätte der Schwimmer entweder das Bad nicht gewagt oder sich nicht bis zur Ermattung verausgabt. Dann aber setze allein das Versprechen die Naturkräfte in Bewegung, die dann den Erfolg herbei führen. Unterließ es der Versprechende aus Nachlässigkeit, den Schwimmer zu retten, liege eine culpose Tötung vor 225), anderenfalls ein Mord.

223) aaO. S. 214

224) Siehe Seite 103

225) aaO. S. 214

Das vorgenannte Beispiel ging von einem ausdrücklichen Versprechen aus, das allein auf einen bestimmten Fall gerichtet war. Daß KRUG nicht allein ein solches ausdrückliches Versprechen genügen läßt, sondern auch eine generelle Verpflichtung, etwas zu tun, genügen läßt, zeigt das folgende Beispiel, in dem ein Eisenbahnwärter es unterläßt, die ihm anvertraute Weiche richtig zu stellen, und dadurch einen Unfall herbeiführt. Als die dem Unterlassen vorhergehende Handlung sieht KRUG die von dem Eisenbahnwärter allgemein übernommene Verpflichtung an, die Weiche ordnungsgemäß zu stellen. Die Unterlassung ist deshalb Ursache des Erfolges, weil der Lokomotivführer und das übrige Personal auf die ordnungsgemäße Erfüllung der Verpflichtung vertrauten. Die übernommene Verpflichtung habe also "den Lokomotivführer, und durch diesen die in dem Dampfkessel waltende Naturkraft in Thätigkeit" gesetzt ²²⁶⁾. Der Bahnwärter gehe gerade von dieser seiner Verpflichtung aus, indem auch er damit rechnet, daß andere ihr Verhalten auf seine übernommene Verpflichtung einrichten werden. Ohne diese Verpflichtung wäre seine Untätigkeit ebenso unbeachtlich wie die anderen, die die Weiche ebenfalls nicht bedienen. Aber im Gegensatz zu anderen Unbeteiligten wirke eben die Verpflichtung in der Unterlassung des Bahnwärters nach ²²⁷⁾.

Anhand beider Beispiele leitet KRUG dann sein Ergebnis ab, das gerade die hier behandelte Frage der Rechtspflicht zum positiven Tun betrifft: ²²⁸⁾

"Auch wir gründen daher die Imputation von Unterlassungshandlungen auf das Vorhandensein einer Pflicht zu positivem Handeln, allein diese Pflicht würde auf einer vorausgegangenen Handlung des Individuums

226) aaO. S. 215

227) aaO. S. 215/216

228) aaO. S. 216

beruhen. Hierdurch werden also allgemeine Bürgerpflichten, ja selbst gesetzliche Pflichten, völlig ausgeschlossen, und dies ist es, worin die eben mitgetheilten Theorien, Berichtigung bedürfen."

Habe das Gesetz gewisse Handlungen bei Strafe geboten, so sei die angedrohte Strafe wohl verwirkt, eine Haftung für den Erfolg aufgrund einer allgemeinen Bürgerpflicht könne schwerlich angenommen werden, da eine solche nicht Ursache eines Erfolges sein kann. Sollte ein Gesetz die Rettung aus Lebensgefahr fordern, so lasse sich nicht sagen, daß sich der Schwimmer im Hinblick auf diese Pflicht in Todesgefahr begeben habe. Niemand würde sich im Vertrauen auf eine so allgemeine Pflicht in Lebensgefahr begeben ²²⁹⁾. Dann könne man sich ebensogut im Vertrauen auf die Menschenliebe dieser Gefahr aussetzen. Aus der Unterlassung gesetzlicher Pflichten lasse sich somit keine Ursächlichkeit für einen bestimmten Erfolg herleiten. Dies ergebe sich auch aus den Gesetzen, die die Nichthinderung eines Verbrechens mit besonderer Strafe belegen.

Aus allen bisher genannten Beispielen leitet KRUG dann die Folgerung ab, daß die Pflicht, die der verpflichtenden Handlung entspringe, eine spezielle sein müsse, "d.h. eine solche, vermöge deren darauf gerechnet werden muß, daß in Hinsicht auf ein bestimmtes, zum Voraus erwartetes oder besorgtes Ereignis eine bestimmte positive Handlung von dem Verpflichteten, und gerade von diesem, in dem entscheidenden Momente vorgenommen werde" ²³⁰⁾. Allgemeine Pflichten, selbst wenn sie durch einen besonderen Verpflichtungsakt übernommen seien, sollen nicht genügen, ²³¹⁾ um den erforderlichen Kausalzusammenhang

229) aaO. S. 216

230) aaO. S. 217

231) aaO. S. 217

zu begründen. So sei ein Nachtwächter ohne Zweifel verpflichtet, Feuerschaden möglichst zu verhüten. Jedoch lasse sich daraus keine Kausalität herleiten, denn man könne nicht behaupten, daß, wenn ein Nachtwächter ein von ihm entdecktes Feuer nicht anzeige, seine Verpflichtung irgendeinen Einfluß auf die positiven Handlungen gehabt habe, die das Feuer zunächst hervorbrachten. Hier könne der Unterlassende nicht wegen einer Brandstiftung, sondern nur wegen seines Dienstvergehens bestraft werden. Anders dagegen wäre es, wenn der Nachtwächter z.B. besonders beauftragt worden wäre, die nach der Löschung des Brandes noch glimmende Glut zu beaufsichtigen. Hier wäre die nicht genügende Beaufsichtigung Ursache für den neu entstehenden Brand, denn hätte man gewußt, daß der Beauftragte seine Verpflichtungen nicht erfüllen werde, wäre eine andere Aufsichtsperson bestellt worden ²³²⁾.

Als solche vorausgehenden Handlungen, denen eine Verpflichtung zum positiven Tun entspringe, sieht KRUG - das haben schon die genannten Beispiele gezeigt - die förmliche Dienstverpflichtung und das private Versprechen an. Darüber hinaus will er eine Verpflichtung auch aus vorangegangenen gemeingefährlichen Handlungen herleiten. Durch sie würden die Naturkräfte in Bewegung gesetzt und bei nicht genügender Überwachung gegebenenfalls ein Unglück hervorrufen. So sei z.B. derjenige, der mit Sprengstoff umgehe, verpflichtet, einen Herannahenden zu warnen ²³³⁾

Hierbei - so erläutert KRUG seine Ansicht weiter - komme es aber nicht entscheidend auf das Moment der

232) aaO. S. 218

233) aaO. S. 219

Gemeingefahr an, bei der eine Mehrzahl von Personen oder Sachen gefährdet seien. Es reiche aus, wenn auch nur ein Mensch in eine Lage versetzt werde, die ohne fremde Hilfe zu Schaden führen werde. Hierzu rechnet KRUG auch den Fall des Kindesmordes durch Verwahrlosung. Die Mutter habe durch ihre vorausgegangenen Handlungen das Kind in eine hilflose Lage versetzt und dadurch den Tod verursacht. Ebenso gehöre hierhin der Fall, daß derjenige, der einen anderen eingesperrt habe, diesem nicht die nötige Nahrung gebe ²³⁴⁾.

Es sei noch darauf hingewiesen, daß KRUG ausdrücklich die Annahme einer die Kausalität begründenden Verpflichtung allein aus persönlichen Verhältnissen verneint. Die Ehefrau sei wohl zur Pflege des Mannes verpflichtet, jedoch müsse auch hier ein weiteres Moment hinzutreten, aufgrund dessen der Ehegatte auf die Hilfe des anderen rechnen konnte ²³⁵⁾.

bb. Die negative Teilnahme

KRUG erkennt grundsätzlich an, daß man, wie man Urheber eines Verbrechens, so auch Teilnehmer an einem solchen werden könne. So liege negative Teilnahme auch bei der Nichterfüllung einer Pflicht, die man vorher übernommen habe, vor.

Darüber hinaus begründe aber auch die einem anderen vorher zugesagte Unterlassung die Bestrafung als Teilnehmer. Die positive Handlung, auf die jede zurechenbare Unterlassung zurückgeführt werden müsse, liege in der Zusage.

234) aaO. S. 220

235) aaO. S. 222

Der Kausalzusammenhang liege darin, daß sich der andere auf sie verlasse und sein Handeln entsprechend einrichte ²³⁶⁾. Auch hier reiche eine stillschweigende Zusage aus ²³⁷⁾.

b. Die Ansicht GLASERS

GLASER behandelt in seiner Abhandlung "Ueber strafbare Unterlassungen" ²³⁸⁾ die Unterlassungsdelikte überhaupt. Soweit er zu den echten Unterlassungsdelikten Stellung nimmt, ²³⁹⁾ können seine Ausführungen im Rahmen der vorliegenden Untersuchung ausscheiden.

So großartig GLASERS Erörterungen sind, läßt sich doch nicht leugnen, daß er sich stark an KRUG anlehnt. So ist es denn nicht verwunderlich, daß er in der auf seine eigene Stellungnahme folgenden Kritik der einzelnen Lehrmeinungen am besten KRUG beurteilt ²⁴⁰⁾. Der einzige Vorwurf, den er gegen KRUG erhebt, ist der, daß dieser von einer Verpflichtung zu positiver Tätigkeit ausging, ein Vorwurf, ²⁴¹⁾ der erst nach der Darstellung der Ansicht GLASERS verständlich ist und auf den später noch zurückzukommen sein wird. ²⁴²⁾

GLASER geht von dem Wesen des Kommissivdelikts aus, das darin bestehe, daß ein Mensch Zustände herbeiführe, die das Gesetz verbiete. Das Verhalten eines Menschen müsse

236) aaO. S. 223

237) aaO. S. 224

238) Abhandlung II, S. 289 ff.

239) aaO. S. 289-293

240) aaO. S. 392 "Um ein Bedeutendes hat dagegen die Materie in neuester Zeit KRUG gefördert."

241) aaO. S. 393 ff

242) Siehe Seite 122

Ursache dieser Wirkung sein ²⁴³⁾. Als diese Ursache erscheine allein die Wirkung eines Körpers auf den anderen, wobei die Einwirkung nicht immer eine positive sein müsse ²⁴⁴⁾. Es reiche auch eine negative Einwirkung aus, die z.B. in der Beseitigung der dem Erfolg entgegenstehenden Hindernisse erblickt werden könne. Auch hier seien die negativen Ursachen Bedingungen des Eintritts des Erfolges. Zu berücksichtigen sei jedoch, daß der Mensch jene Veränderungen nicht allein durch seine Kraft hervorrufe, ²⁴⁵⁾ sondern sich des "gewöhnlichen Laufes der Dinge" bediene, was sich als ein scheinbar passives Verhalten, als ein Geschehenlassen, darstelle. So wie das Fortwirken des nach außen gegebenen Anstoßes als Tätigkeit dessen, der den Anstoß gab, anzusehen sei, müsse umgekehrt alles, was nicht in dem bewußten und gewollten Tun des Menschen seinen Grund habe, ausscheiden, wenn von seiner Einwirkung auf die Außenwelt die Rede sein solle. ²⁴⁶⁾ Die eigentliche Frage, mit der sich GLASER also im folgenden beschäftigt, ist wie bei KRUG die, wie ein Unterlassen für einen Erfolg ursächlich sein könne. Diese Frage untersucht er dann bei den Delikten, "welche durch materielle Einwirkung auf die Außenwelt begründet werden."

GLASER geht dabei von dem Beispielsfall aus, daß ein Arzt, nachdem er einen Patienten amputiert hatte, die Blutgefäße nicht abbindet. Der nächste Anlaß des Erfolges - so erklärt GLASER - liege hier allein in dem negativen Verhalten des Täters ²⁴⁷⁾. Das Unterlassen

243) aaO. S. 293

244) aaO. S. 296

245) aaO. S. 297

246) aaO. S. 299, im Gegensatz hierzu sieht GLASER die Delikte, welche auf psychischen Einwirkungen beruhen.

247) aaO. S. 299

stelle die eigentliche Ursache des Erfolges dar. Da Urheber eines Erfolges derjenige sei, der den ersten Anstoß gegeben habe, sei der Arzt hier für den Erfolg ursächlich geworden. Wenn man verschiedentlich versucht habe, den Kausalzusammenhang in derartigen Fällen deshalb zu verneinen, weil der erste Anstoß ohne culpa oder dolus erfolgte, müsse demgegenüber festgestellt werden, daß die Frage des Kausalzusammenhanges vom Vorliegen einer subjektiven Willensrichtung unabhängig sei ²⁴⁸⁾. Die richtige Lösung ergebe sich aus dem Begriff der Handlung und diese dürfe nicht in zwei Teile gespalten werden, sondern müsse so betrachtet werden, wie sie sich darstelle, als ein Ganzes. Von dem Augenblick an, "wo der Mensch zu dem Object der Verletzung in eine thatsächliche Beziehung" trete "bis zu dem, wo der Bestand oder Nichtbestand der Verletzung von seiner Willkühr völlig unabhängig geworden" sei, bilde sein positives und negatives Verhalten eine Einheit. Trete innerhalb dieses Zeitraumes dolus oder culpa hinzu und benutze der Täter sein Vorverhalten, indem er es seinen Zwecken dienstbar mache, gebe er auch dem Vorverhalten damit einen verbrecherischen Charakter ²⁴⁹⁾. Die Annahme des dolus subsequens sei aber nicht mehr möglich, wenn die Handlung abgeschlossen ist, der Erfolg nicht mehr von dem Unterlassen abhängen könne ²⁵⁰⁾.

So gelangt denn GLASER für die Fälle des vorangegangenen Tuns, das an sich nicht strafbar ist, zu folgendem Ergebnis:

"Eine schuldhafte (dolose oder culpose) Unterlassung bewirkt, daß derjenige, welchem sie zur Last fällt,

248) aaO. S. 300

249) aaO. S. 301

250) aaO. S. 302; GLASER geht hier von dem Beispiel aus, daß jemand einen anderen im Walde erschießt, den er für ein Tier hielt, und beim Herantreten an den Sterbenden in diesem seinen Feind erkennt und dessen Tod auch will. Hier hat nach GLASERs Ansicht das Unterlassen keinen Einfluß mehr auf den Erfolg. Das Wollen sei lediglich ein Wünschen. Anders wäre es nur, wenn der Getroffene nicht tödlich verletzt wäre.

für den durch sein (an sich unsträfliches) Handeln herbeigeführten zum Thatbestand eines Delictes gehörigen Erfolg verantwortlich gemacht und als Urheber desselben gestraft wird."

Hatte GLASER diese Formel an Fällen entwickelt, in denen eine Person allein die Ursache des Erfolges gesetzt hatte, so überträgt er sie auch auf die Fälle, in denen die wirkende Ursache nicht von einer Person allein gesetzt wurde ²⁵¹⁾. Hierzu rechnet er z.B. den Fall, daß jemand Gift bereitet, das entweder der Verletzte selbst nimmt oder ein Dritter diesem gibt.

Für die hier allein interessierende Frage genügt es, GLASERs Ergebnis zu nennen. Auch hier komme es allein auf die Vorhandlung an, die auch der Dritte selbständig und allein vornehmen könne. Er schaffe dann aus der durch die Herstellung des Giftes geschaffene Möglichkeit der Verletzung deren Wirklichkeit ²⁵²⁾.

Zu der hier interessierenden Frage des Begriffs der Rechtspflicht nimmt dann GLASER bei der von ihm genannten dritten Gruppe von Fällen Stellung, in denen eine Beziehung zwischen einem Menschen und einem Erfolg nur insofern bestehe, als sich sagen lasse, er habe einen Erfolg hindern können. Auch GLASER geht von dem Fall des kraftlosen Schwimmers aus ²⁵³⁾. Daß man von vornherein die Nichthinderung nicht der Herbeiführung gleichsetzen könne, meint GLASER, sei klar. Auch werde niemand der Ansicht sein, alle Personen, die den Erfolg hätten hindern können, in gleicher Weise verantwortlich

251) aaO. S. 303

252) aaO. S. 303-307

253) aaO. S. 307

zu machen. Wenn der juristische Instinkt hier Unterschiede mache, müßten die Bedingungen, unter denen jemand als Urheber einer Verletzung angesehen werde, obwohl sie unabhängig von dessen Tätigkeit entstanden sind, erforscht werden.

Keinesfalls könne hier die Pflichtwidrigkeit eines Unterlassens herangezogen werden, denn allein die Tatsache, daß das Verhalten eines Menschen ein pflichtwidriges sei, sei auf die objektive Beschaffenheit des Verhaltens ohne Einfluß ²⁵⁴⁾. Man könne zwar erklären, derjenige, der ein Verbrechen nicht gehindert habe, sei so zu behandeln, als habe er es herbeigeführt ²⁵⁵⁾.

Eine solche Gleichstellung könne aber nur durch eine positive Anordnung getroffen werden. Die Pflichtwidrigkeit allein könne einen Kausalzusammenhang zwischen dem Unterlassen und dem Erfolg nicht begründen ²⁵⁶⁾. Der Grund, daß man auch in den Fällen, in denen das positive Tun eines Menschen scheinbar fehle, wegen einer Unterlassung bestrafen könne, liege darin, "daß andere der Unterlassung vorhergegangene Umstände das Individuum mit dem eingetretenen Erfolge in eine engere Verbindung gebracht haben, als dieses bei andern, welche sich der gleichen Unterlassung schuldig machten, der Fall ist."

Dabei ist für GLASERS Ansicht über den Kausalbegriff wichtig, daß es ausreiche, wenn der Erfolg nicht anders als durch die Mitwirkung dieses bestimmten Menschen habe eintreten können. So stehe z.B. der, der einen anderen bestimme, sich in Gefahr zu begeben, zu dessen Tode "schon in einer gewissen factischen Beziehung."²⁵⁷⁾

254) aaO. S. 308/309

255) aaO. S. 309

256) aaO. S. 310

257) aaO. S. 311

Eine solche enge Beziehung zu einem Erfolg findet GLASER in den Fällen, in denen man die Verpflichtung übernommen hatte, einen Unfall abzuwenden, ²⁵⁸⁾ in denen jemand die dem Eintreten des Erfolges entgegenstehenden Hindernisse wegräumt ²⁵⁹⁾ oder in denen jemand einen anderen abhielt, den in Gefahr Befindlichen zu warnen oder ihm zu helfen ²⁶⁰⁾.

Allen diesen Fällen sei gemeinsam - und das ist das Ergebnis der Untersuchungen -, daß unter bestimmten Umständen das Verhalten eines Menschen bei einem anderen den Glauben erwecke, er werde gewisse zur Abwendung einer vorhandenen oder bevorstehenden Gefahr erforderliche Handlungen vornehmen. Hier werde die Gefahr erhöht und damit der Erfolg gefördert ²⁶¹⁾

Hierzu rechnet GLASER auch die Tötung eines Kindes durch Nichtgewährung der erforderlichen Nahrung, denn durch die Aufnahme des Kindes in die Familie würden andere abgehalten, dem Kind ausreichend Nahrung zu geben.

Die gleichen Grundsätze überträgt GLASER auch auf die negative Teilnahme ²⁶²⁾.

258) aaO. S. 312/313

259) aaO. S. 314/315

260) aaO. S. 316

261) aaO. S. 317

262) aaO. S. 324/325

c. Die Ansicht MERKELS

Auch MERKEL ²⁶³⁾ geht davon aus, daß die Bestrafung wegen eines Kommissivdelikts nur möglich sei, wenn die verletzende Veränderung ihre wirkende Ursache in dem Verhalten eines Dritten habe. Ein rein passives Verhalten sei nie die Ursache eines Erfolges ²⁶⁴⁾. Wo ein Erfolg hätte verhindert werden können und dies lediglich unterlassen wurde, liege eine rechtliche Verantwortlichkeit nicht vor ²⁶⁵⁾. Dagegen sei es möglich, daß das Unterlassen als Bestandteil eines positiven Tuns erscheine und so zur Kausalität führe. Hierher rechnet MERKEL die Fälle, "wo Jemand die Integrität privater oder öffentlicher Interessen durch die Uebernahme eines Amtes, eines Auftrags u.s.s. von einer Thätigkeit seinerseits in Abhängigkeit gebracht hat und nun diese Thätigkeit doloser oder kulposer Weise unterläßt" ²⁶⁶⁾. Wer also dem ungeübten Schwimmer verspreche, ihm notfalls zu helfen, der werde durch die böswillige Nichterfüllung dieser Zusage für dessen Tod verantwortlich, mag er die Unterlassung von vornherein beabsichtigt haben oder nicht.

Hierbei habe jedoch eine Einschränkung zu gelten. Gefährde die der Unterlassung vorausgegangene Tätigkeit aller Voraussicht nach die Interessen anderer nicht, erscheine die nachfolgende Unterlassung rechtlich indifferent, da auch für die Vorhandlung der Grundsatz gelte, daß man für sie nur durch die Außerachtlassung der gebotenen Vorsicht verantwortlich gemacht werden könne ^{266a)}.

263) "Von den Unterlassungsverbrechen, beziehungsweise dem negativen Unrechte, und ihrem Gegensatze, und von dem Verhältniß der ersteren zu den Polizeivergehen." Krim. Abhandlungen I, 76 ff.

264) aaO. S. 79

265) aaO. S. 80

266) aaO. S. 81

266a) aaO. S. 83

Im Gegensatz zu GLASER, der für alle Fälle von der Einheit des Verhaltens ausging ²⁶⁷⁾, könne das "Band, welches in den fraglichen Fällen Thun und Lassen auch in subjektiver Beziehung als eine Einheit erscheinen läßt," nur in der Verantwortlichkeit gefunden werden. ²⁶⁸⁾ Die subjektive wie die objektive Zurechnung müsse auf das aktive Tun zurückgeführt werden können, ²⁶⁹⁾ was aber nur da der Fall sei, "wo wir durch unser aktives Verhalten die Integrität des Andern in zurechenbarer Weise von irgend welchen negativen oder positiven Bedingungen abhängig machen" ²⁷⁰⁾.

Allerdings habe die Frage der Rechtspflicht zur Erfolgsabwendung dennoch eine Bedeutung. Zwischen der Frage, ob jemand durch Unterlassen Urheber eines Verbrechens werden könne, und der, ob eine Rechtspflicht zur Abwendung eines Schadens gegeben sei, bestehe ein innerer Zusammenhang. Die Annahme, daß jemand durch ein Unterlassen Urheber eines Erfolges geworden sei, schließe notwendig die Annahme einer Rechtspflicht in sich, denn eine Unterlassung könne niemanden zum Vorwurf gemacht werden, wenn sie nicht rechtswidrig ist, "oder, was dasselbe ist, wenn sie nicht einer Rechtspflicht zum Handeln widerstreitet." ²⁷¹⁾

d. Zusammenfassende Betrachtung der Auffassungen
KRUGs, GLASERs und MERKELs

Betrachtet man die vorstehend dargestellten Ansichten unter der Frage, welche Bedeutung der Begriff der "Rechtspflicht zum Handeln", wie er von der Rechtslehre der

267) Siehe Seite 116

268) aaO. S. 84

269) aaO. S. 86

270) aaO. S. 87

271) aaO. S. 88

ersten Hälfte des 19. Jahrhunderts erarbeitet worden war, noch besitzt, so ist die Antwort im ganzen gesehen einfach. Das Rechtsinstitut der Rechtspflicht zum Handeln wird in der bisher dargestellten Allgemeinheit abgelehnt und insbesondere darauf hingewiesen, daß es den Kausalzusammenhang zwischen dem Unterlassen und einem Erfolge nicht begründen könne ²⁷²⁾. Wie sehr man sich gegen das Erfordernis der Rechtspflicht wandte, zeigt sich deutlich bei GLASER ²⁷³⁾. Er kritisiert KRUG, mit dem er im wesentlichen übereinstimmt, daß auch er der Ansicht sei, die obligatio ad faciendum begründe den Kausalzusammenhang, denn KRUG hatte ja von einer Verpflichtung zu einer bestimmten Tätigkeit gesprochen. Hier dürfte GLASER jedoch eine Ungenauigkeit unterlaufen sein, denn KRUG hatte sich nicht allein auf die bestehende Verpflichtung gestützt, sondern die Übernahme als die der Unterlassung vorausgegangene Handlung bezeichnet. Welchen Inhalt aber diese übernommene Verpflichtung haben muß, insbesondere hinsichtlich ihrer Bestimmtheit, ist eine andere Frage, auf die später noch eingegangen wird.

Übersehen werden darf auch nicht, daß MERKEL, der ja noch zwischen der Frage des Kausalzusammenhanges und der Verpflichtung zur Abwehr eines Schadens einen "inneren und wesentlichen" ²⁷⁴⁾ Zusammenhang zu erkennen glaubte, dem Rechtsinstitut der Rechtspflicht eine völlig andere Bedeutung zuerkennt, als es die Autoren vor ihm getan hatten. Er leitet die Rechtspflicht zum Handeln aus der Kausalität der Unterlassung her, sieht in ihr also, wie er ausdrücklich ausführt ²⁷⁵⁾, ein Moment der Rechtswidrigkeit. Das Gemeinsame der Ansichten FEUERBACHS, SPANGENBERGS und MERKELS ist also, daß

272) So ausdrücklich: MERKEL, Krim. Abhandlungen I, S. 308. GLASER, Abhandlungen, S. 308

273) aaO. S. 393

274) Krim. Abhandlungen I, S. 88

275) aaO. S. 88

sie die Rechtspflicht zum Handeln als eine Frage der Rechtswidrigkeit des Unterlassens betrachten. Dagegen sind aber die Voraussetzungen, die diese Rechtspflicht begründen, unterschiedlich. MERKEL leitet sie aus der Ursächlichkeit des Unterlassens für den Erfolg her. FEUERBACH und SPANGENBERG bejahen die Rechtswidrigkeit des Unterlassens nur unter den oben genannten Umständen. So sehr beide Ansichten übereinzustimmen scheinen, sie tun es doch nicht. Hätte FEUERBACH die Rechtswidrigkeit, d.h. die Rechtspflicht zum Handeln, allein dem Kausalzusammenhang entnommen, hätte er jede Unterlassung als zur Begründung einer Urheberchaft geeignet ansehen müssen, da er von der Ursächlichkeit des Unterlassens für den nicht verhinderten Erfolg ausging.

Trotz der bisher dargestellten Verschiedenheiten der Rechtslehre des 19. Jahrhunderts lassen sich doch gemeinsame Grundgedanken erkennen, die zeigen werden, daß die Erkenntnisse der Rechtslehre der ersten Hälfte des vorigen Jahrhunderts auf die folgende Zeit nicht ohne Einfluß geblieben sind.

KRUG ²⁷⁶⁾ und GLASER ²⁷⁷⁾ sprechen ausdrücklich von der Übernahme einer Verpflichtung, in bestimmter Weise tätig zu werden. Hier erscheint der besondere Rechtsgrund des Vertrages und der Amtsverbindlichkeit FEUERBACHs, aus denen er eine Rechtspflicht zu positivem Tun hergeleitet hatte ²⁷⁸⁾. Der Unterschied zwischen beiden Ansichten, der allerdings nicht verkannt werden darf, besteht darin, daß die frühere Rechtslehre allein das

276) Hitzig's Annalen Bd. 63 S. 214

277) Abhandlungen II, S. 313

278) Ebenso auch: MEISTER, siehe Seite 53; HENKE, siehe Seite 79; SPANGENBERG, siehe Seite 74.

Vorliegen der Verpflichtung - sei es aufgrund eines Privatvertrages oder einer Amtsverbindlichkeit - genügen ließ, während die Autoren der zweiten Hälfte des 19. Jahrhunderts es entscheidend auf den Übernahmeakt als eine positive Tätigkeit abstellen, der dann den Kausalzusammenhang zwischen dem Erfolg und dem Unterlassen herstellen soll.

Eine Verpflichtung mit einem bestimmten Inhalt verlangen SPANGENBERG und KRUG. SPANGENBERG ²⁷⁹⁾ hatte für die Begründung einer Rechtspflicht zum Handeln aus einem Vertrage gefordert, dieser müsse *n a m e n t l i c h* auf die Handlung gerichtet sein, deren Unterlassung strafbar sein solle. Im Ergebnis nichts anderes sagt KRUG, wenn er ebenfalls eine spezielle Verpflichtung verlangt.

Jedoch ist hier ein deutlicher Unterschied erkennbar. KRUG verlangt die Übernahme einer speziellen Verpflichtung deshalb, weil nur aufgrund einer solchen eine bestimmte Handlung erwartet werden kann, die dann die Kausalität begründet. SPANGENBERG und HENKE fordern die Bestimmtheit des Vertragsinhalts, um die rechtliche Verbindlichkeit von der bloß moralischen Verpflichtung abzugrenzen. Das Ergebnis beider Auffassungen entspricht sich also, der Grund dagegen ist verschieden.

Daß KRUG, GLASER und MERKEL an STÜBEL anknüpfen, ist schon erwähnt. Hatte STÜBEL nur von Vorhandlungen gesprochen, die an sich schon strafbares Unrecht enthielten, ²⁸⁰⁾ so bemüht man sich jetzt, auch die der Unterlassung vorausgegangenen Handlungen zur Strafbarkeit heranzuziehen, die an sich straflos sind. GLASER benutzt

279) Siehe Seite 74; ebenso HENKE, siehe Seite 81

280) Siehe Seite 69

hierzu den dolus subsequens. MERKEL scheidet die Vorhandlungen ~~aus~~, die aller Voraussicht nach die Integrität der Interessen Dritter nicht berühren, aus. KRUG läßt ohne nähere Begründung genügen, daß dolus oder culpa nach der Übernahme der Verpflichtung entstehen. Es soll hierzu im Rahmen der vorliegenden Untersuchung nicht Stellung genommen werden, da diese Erörterungen den Begriff der Rechtspflicht, die hier allein verfolgt werden soll, nicht mehr berühren.

Auch auf einen weiteren Irrtum muß noch hingewiesen werden, der nicht nur vom Standpunkt der heutigen Rechtsauffassung als ein solcher erkennbar ist. KRUG sieht einen Fall der negativen Beihilfe in der Zusage an den Täter, Handlungen, die das Verbrechen verhindern würden, nicht vornehmen zu wollen ²⁸¹⁾. Mit Recht weist GLASER darauf hin ²⁸²⁾, daß hier kein Fall eines strafbaren Unterlassens vorliege, sondern daß die Beihilfe durch positives Tun begangen worden sei, ein Unterschied, den schon HEFFTER ²⁸³⁾ herausgearbeitet hatte. Doch auch GLASER kann dem Vorwurf der nicht gehörigen Unterscheidung zwischen Tun und Unterlassen nicht entgehen, wenn er z.B. den Fall der Beseitigung der dem Erfolg entgegenstehenden Hindernisse als ein Unterlassen ansieht ²⁸⁴⁾.

Zusammenfassend läßt sich also sagen, daß KRUG, GLASER und MERKEL nicht das Bestehen einer Rechtspflicht erfordern, sondern von der Übernahme einer Verbindlichkeit als einer positiven Handlung ausgehen.

281) Siehe Seite 113

282) Abhandlungen II, S. 393 Fußnote 130)

283) Siehe Seite 83

284) aaO. S. 314

2. Das Unterlassen "als ein der Regel des Lebens widersprechendes Verhalten"

Als einziger Vertreter dieser Ansicht ist v. BAR zu nennen. Auch für ihn stellt sich die Frage nach der Ursächlichkeit des Unterlassens für einen bestimmten Erfolg.

a. Die Ansicht v. BARs

Sein Ausgangspunkt gleicht zunächst der Auffassung LUDENs über den Inhalt des Unterlassens. Der Mensch, der scheinbar untätig sei, tue doch immer etwas ²⁸⁵⁾. Es könne daher von Handlung und Unterlassung nur im rechtlichen Sinne gesprochen werden, womit sich v. BAR gleich wieder von LUDEN entfernt, denn nur das rechtlich erhebliche Verhalten komme in Betracht, was von der Mutter, die ihr Kind verhungern lasse, nur in Rücksicht auf die Unterlassung, nicht aber im Hinblick auf das gleichzeitig vorgenommene Verhalten gesagt werden könne. Der weitere Ausgangspunkt, bei dem v. BAR beginnt, erinnert dann an FEUERBACH:

"Eine Handlung ist ein Verhalten, welches der Regel nach rechtlich verantwortlich, eine Unterlassung, ein Verhalten, welches der Regel nach rechtlich nicht verantwortlich macht." ²⁸⁶⁾

Auch nach v. BAR liegt also ein Regel-Ausnahme-Verhältnis vor, ohne daß er diese Auffassung, wie es FEUERBACH getan hatte, begründet. Da kausal nur ein der Regel des Lebens widersprechendes Verhalten sein soll, ²⁸⁷⁾

285) Die Lehre vom Causalzusammenhange, S. 97 ff.

286) aaO. S. 97

287) v. BAR (aaO. S. 11) geht von folgendem Kausalbegriff aus: "Ein Mensch ist im rechtlichen Sinne Ursache einer Erscheinung, insofern er als die Bedingung gedacht wird, durch welche der sonst als regelmäßig gedachte Verlauf der Erscheinungen des menschlichen Lebens ein anderer wird."

stellt sich v. BAR also die Frage dahin, wann eine Unterlassung regelwidrig und damit Ursache eines Erfolges ist ²⁸⁸⁾.

Ausgehend von dem Grundsatz, daß die Strafbarkeit des Unterlassens die Ausnahme sei, folgert er weiter, daß besondere Umstände vorliegen müßten, die allein die Strafbarkeit begründen könnten, weil andernfalls eine sichere Abgrenzung des Strafbaren vom Nichtstrafbaren nicht möglich sei ²⁸⁹⁾. Diese besonderen Umstände findet v. BAR "in einer vorausgegangenen positiven Thätigkeit, welche als eine der Regel des Lebens entsprechen- de nur angesehen werden kann, wenn der Handelnde eine andere positive Thätigkeit darauf folgen läßt." Diese vorausgegangene positive Tätigkeit brauche nicht eine culpose zu sein. Sie könne auch in einer übernommenen Pflicht bestehen, wobei diese nicht notwendig zivilrechtlich klagbar zu sein brauche. Es genüge, wenn die begründete Erwartung vorliege, die Verpflichtung werde erfüllt.

Zu der ersten Art von Fällen rechnet v. BAR diejenigen, wo ein Erfolg auf die Unterlassung von Vorsichtsmaßregeln zurückzuführen ist. Hier ergeben sich für ihn keine Probleme ²⁹⁰⁾.

Dagegen wendet er sich entschieden gegen GLASERs Ansicht, wonach eine übernommene Verpflichtung keinen Einfluß auf den Kausalzusammenhang habe, da die objektive Beschaffenheit des Verhaltens nicht berührt werde ²⁹¹⁾. Die Ursache - so erklärt v. BAR - liege darin, daß

288) aaO. S. 97

289) aaO. S. 98

290) aaO. S. 99

291) aaO. S. 101

durch die Verpflichtung die begründete Erwartung entstehe, der Verpflichtete werde entsprechend seinen Verpflichtungen handeln. Hier aber erscheine die Nichterfüllung als eine **der Regel des Lebens widersprechende Handlung**, wobei allerdings nur die regelmäßige Folge der Nichterfüllung zur Begründung des Kausalzusammenhangs herangezogen werden dürfe. Wo jemand durch Nichtgewährung der erforderlichen Nahrung getötet worden sei, liege der Tod als regelmäßige Folge des Unterlassens nur dann vor, wenn der Unterhaltsberechtigte selbst keine Hilfe von anderer Seite erlangen konnte. ²⁹²⁾ Betätigte der Bahnwärter entgegen seiner Verpflichtung die Schranke nicht richtig oder gar nicht, sei ein daraus entstandenes Unglück nicht als außerordentliche, regelwidrige Folge anzusehen. Hier liege ein Kausalzusammenhang zwischen dem Unterlassen und dem Erfolg vor.

In den folgenden Ausführungen nähert sich v. BAR ²⁹³⁾ dann wieder GLASER und MERKEL, wenn er den dolus subsequens auf den Fall anwenden will, wenn jemand in ein unbedecktes Kellerloch fällt und der, der es bedecken mußte, auch den Tod wünscht. Hier wird ganz offensichtlich die dem Unterlassen vorausgegangene Handlung - im vorliegenden Fall das Abdecken des Kellerloches - zur Begründung des Kausalzusammenhangs herangezogen, denn andernfalls wäre - was v. ROHLAND richtig bemerkt - ²⁹⁴⁾ ein Zurückgreifen auf den dolus subsequens nicht möglich. Dem aber stehen v. BARs folgende Ausführungen entgegen: ²⁹⁵⁾

"Natürlicher und einfacher ist doch die alte Ansicht, daß die Mutter, welcher die erste Sorge für das

292) aaO. S. 102

293) aaO. S. 110-117

294) Die strafbare Unterlassung, S. 43

295) aaO. S. 118

neugeborene, hilflose Kind an und für sich obliegt, durch Vernachlässigung dieser Pflicht den Tod des Kindes herbeiführen könne; freilich ist nicht immer, wenn diese Pflicht objektiv vernachlässigt ist und in Folge davon der Tod des Kindes eintritt, Causalzusammenhang vorhanden, sondern nur dann, wenn die Umstände so beschaffen waren, daß der Tod des Kindes als regelmäßige Folge der fraglichen Pflichtversäumnis angesehen werden konnte."

Ebenso widerspruchsvoll erscheint eine spätere Stellungnahme v. BARs ²⁹⁶⁾.

Zunächst erklärt er, ²⁹⁷⁾ es sei durchaus möglich, daß einer Verpflichtung entgegengesetzte Unterlassung für einen bestimmten Erfolg ursächlich werden könne ²⁹⁸⁾. Jedoch habe hier eine Einschränkung des Inhalts zu gelten, daß der Schaden als eine regelmäßige Folge der Unterlassung, d.h. der Nichterfüllung, erscheine ²⁹⁹⁾ und der Geschädigte selbst nicht einer vernünftigen Regel des Lebens zuwider handelte. Die bisherige Lehre ³⁰⁰⁾, die allein in der Verpflichtung den Rechtsgrund gesehen habe, sei daher in dieser Allgemeinheit nicht richtig. - Darüber hinaus könne aber auch das auf eine positive Tätigkeit folgende Verhalten die Ursächlichkeit begründen. Wer z.B. den an eine von ihm geschaffene Gefahrenlage Herankommenden nicht warne, begehe schon bei der Schaffung der Gefahr, eine der Regel des Lebens widersprechende Handlung ³⁰¹⁾.

296) Grünhutz N.F. Bd. 4 S. 20 ff.

297) aaO. S. 49 ff.

298) aaO. S. 49

299) aaO. S. 50

300) Gemeint ist hier offensichtlich FEUERBACHs Ansicht.

301) aaO. S. 51

b. Zusammenfassende Stellungnahme zu der
Ansicht v. BARs

Es soll hier keine Kritik an dem dargestellten Kausalbegriff v. BARs geübt werden. Hier soll allein die Frage gestellt werden, in welcher Weise der Begriff der Rechtspflicht wieder erscheint.

Zu einer einheitlichen und in sich geschlossenen Ansicht ist v. BAR nicht gelangt. Teils soll die Verpflichtung genügen, teils weicht v. BAR auf die der Unterlassung vorausgegangene oder nachfolgende Handlung aus. Soweit er sich ausdrücklich auf eine ältere Lehre bezieht, erscheint hier FEUERBACHs Ansicht - mit der er ja den Ausgangspunkt gemein hat - wieder, die er allerdings einschränken will. Diese Einschränkung erklärt sich leicht daraus, daß v. BAR ein Vertreter der Adäquanztheorie ist ³⁰²⁾. Er verlangt deshalb, daß die Schädigung eine regelmäßige Folge der Nichterfüllung der Verbindlichkeit ist.

Soweit v. BAR die vorausgegangene oder nachfolgende Handlung betont, erscheint die Ansicht GLASERs wieder, und so ist es selbstverständlich, daß der Begriff der Rechtspflicht ein anderer ist als bei FEUERBACH.

Eine einheitliche Feststellung des Inhalts des Begriffs der Rechtspflicht bei v. BAR ist also nicht möglich. Interessant ist aber, daß sich v. BAR angesichts der vielen gegenteiligen Untersuchungen zum Teil eng an FEUERBACHs Ansicht anlehnt.

302) So auch MEZGER-BLEI, Allgemeiner Teil S. 72

3. Die Unterlassung als ein "concludentes" Verhalten

Hatte man bisher die Kausalität der Unterlassung für einen bestimmten Erfolg mit Hilfe einer vorausgehenden Handlung zu begründen versucht, so glaubt GEYER - und ihm folgend ALDOSSER -, das Problem mit Hilfe der psychischen Ursache zu lösen.

a. Die Ansicht GEYERS

GEYER wendet sich zunächst gegen die Heranziehung des dolus subsequens. Wenn man mit seiner Hilfe versucht habe, z.B. denjenigen, der eine Grube gegraben und den Herannahenden nicht gewarnt habe, für dessen Tod verantwortlich zu machen, weil dieser auch den Tod des Todfeindes gewünscht habe, werde die bloße Überlegung zur Ursache erhoben ³⁰³⁾. Die Unterlassung der Warnung als ein reines Unterlassen stehe völlig außerhalb des Kausalzusammenhanges. Soll die unterlassene Warnung "in die Reihe der Todesursachen treten, so muß es ebenfalls in einem Verhalten sich offenbaren, welches den Bedrohten in seinem Irrthum begünstigt, d.h. bestärkt (nicht bloß im Irrthum beläßt) oder gar den Irrthum erst herbeiführt." ³⁰⁴⁾ Ursächlich sei also nur ein konkludentes Nichtwarnen, d.h. ein solches, das unter den besonderen Umständen des Falles als eine Aufmunterung oder Verlockung, in der eingeschlagenen Richtung weiterzugehen, angesehen werden könne ³⁰⁵⁾.

In dem über zwanzig Jahre später erschienenen "Grundriß zu Vorlesungen" erläutert GEYER dann den Begriff

303) GEYER, Erörterungen über den allgemeinen Thatbestand S. 16/17

304) aaO. S. 17

305) aaO. S. 17

des "concludenten Unterlassens" im einzelnen. Konkludent könne das Nichtanhalten der Pferde oder die unterlassene Warnung eines anderen, der sich einer Gefahrenstelle nähere, dann sein, wenn dieser mit einer Warnung rechne ³⁰⁶⁾. Die psychische Wirkung, die das Unterlassen in diesen Fällen auslöse, mache es für den Erfolg ursächlich ³⁰⁷⁾. Diese Wirkung aber werde "möglicherweise" bei Vorliegen einer Rechtspflicht zum Handeln geschaffen, denn durch ein solches Verhältnis entstehe auch die Erwartung, daß pflichtgemäß gehandelt werde. So würde z.B. der Lokomotivführer nicht weiter fahren, würde er nicht erforderlichenfalls die Warnung des Bahnwärters erwarten. Jedoch bedürfe es im Einzelfall immer einer genauen Prüfung, ob ein positives Tun oder ein Unterlassen vorliege. So würden z.B. Eltern, die ihr Kind verhungern lassen wollen, in der Regel auch positive Handlungen vornehmen, wenn sie etwa Hindernisse, die dem beabsichtigten Erfolg entgegenstehen könnten, beseitigen ³⁰⁸⁾.

b. Die Ansicht ALDOSSERS

Derselben Ansicht wie GEYER ist ALDOSSER. Er weist daraufhin, daß sich bei einem solchen konkludenten Unterlassen der Wille objektiviere und darin eine den Erfolg fördernde Bedingung liege ³⁰⁹⁾.

c. Stellungnahme zu der Ansicht GEYERS und
ALDOSSERS

Ohne weitere Begründung ist sofort ersichtlich, daß bei

306) Grundriß zu Vorlesungen, S. 125

307) aaO. S. 124

308) aaO. S. 125 und Krit. ViertelJahrSchr.NF BD 5 237 (243)

309) ALDOSSER, Inwieferne, S. 111

den vorstehend genannten Autoren der Begriff der Rechtspflicht, wie ihn FEUERBACH entwickelt hatte, eine weit größere Bedeutung besitzt, als es bei KRUG, GLASER und MERKEL der Fall war. Das Vorliegen einer Rechtspflicht könne unter den besonderen Umständen eine bestimmte Erwartung hervorrufen, auf die der Berechtigte sein Verhalten einrichte. Der Begriff der Erwartung ist somit der zentrale Anhaltspunkt dieser Lehrmeinung.

In dem psychischen Moment, das schon - wenn auch in anderer Form - TITTMANN für die negative Beihilfe gefordert hatte ³¹⁰⁾, liegt eine Ähnlichkeit zu der Ansicht KRUGs ³¹¹⁾. Auch er hatte für die Pflicht, die sich aus der vorausgehenden Handlung ergeben sollte, gefordert, daß sie speziell sei, weil niemand bei Vorliegen einer lediglich allgemeinen Pflicht mit der Vornahme einer bestimmten Handlung rechne. KRUG und GEYER haben also das Moment der "Erwartung" gemeinsam. Beide Ansichten unterscheiden sich jedoch insofern wesentlich voneinander, als GEYER die Erwartung zur Begründung des Kausalzusammenhanges genügen läßt, während KRUG darüber hinaus noch die der Unterlassung vorausgegangene positive Tätigkeit erfordert hatte.

Was in den Ausführungen GEYERs besonders zu beachten ist, ist der Hinweis, daß es einer genauen Untersuchung bedürfe, ob überhaupt ein Unterlassen oder ein positives Tun vorliege. Diese Frage, die in der gesamten Rechtslehre bisher keine Beantwortung oder Untersuchung veranlaßt hatte, hat leider auch GEYER nicht weiter vertieft.

Im ganzen läßt sich jedoch sagen, daß die Ansichten GEYERs und ALDOSSERs wieder eine kleine Annäherung an den Begriff der Rechtspflicht bedeutet, wie er von

310) Siehe Seite 60

311) Siehe Seite 111

FEUERBACH und den Autoren seiner Zeit erarbeitet worden war.

4. Die Unterlassung als eine dem Erfolg entgegenstehende Bedingung

Begründer dieser Lehrmeinung, die er später selbst aufgegeben hat, ist v. BURI³¹²⁾. Gemeinsamer Ausgangspunkt dieser Lehre, die ORTMANN als Grundlage seiner Auffassung übernommen hat, ist die, daß die Unterlassung eine dem Erfolg entgegenwirkende Bedingung ist. Von dieser Grundauffassung aus, hatte v. BURI die Unterdrückung bzw. die Verhinderung des Willens, einen Erfolg abzuwenden, als Ursache desselben angesehen und war damit notwendig zu dem Ergebnis gekommen, daß jedes Unterlassen, das einen Erfolg hätte verhindern können, für diesen ursächlich sei. In der Erkenntnis, daß diese weite Haftung das Gebiet des Strafrechts verlassen und das der Ethik berühren würde³¹³⁾, hatte v. BURI seine Ansicht dahin eingeschränkt, daß das Unterlassen nur dann eine rechtliche Bedeutung habe, wenn der Unterlassende durch seine vorangegangene Handlung für den Erfolg ursächlich geworden sei³¹⁴⁾.

Im Rahmen der vorliegenden Untersuchung soll diese Ansicht jedoch nicht weiter verfolgt werden. Sie wurde in der Rechtslehre deshalb nicht weiter beachtet, weil v. BURI sie selbst aufgegeben hatte.

312) GS 21, 189 ff.

313) GS 37, 26

314) aaO. S. 27

a. v. BURIs spätere Ansicht

Aufgrund einer kritischen Untersuchung ORTMANNs hat v. BURI die Kausalität des Unterlassens später mit einer anderen Begründung angenommen. Hatte er vorher die Beseitigung eines einmal vorhandenen dem Erfolg entgegenstehenden Hindernisses, des Abwendungswillens, betont, so leitet er nun die Ursächlichkeit daraus her, daß ein solches Hindernis überhaupt nicht vorhanden ist. Der Tod durch Verhungern - so führt v. BURI an einem Beispiel aus - trete ein, weil keine Nahrungsmittel vorhanden seien. Gleichgültig sei es, ob vorher schon einmal Nahrungsmittel vorhanden gewesen seien. Sei aber das Fehlen eines Hindernisses ursächlich, müsse derjenige, der es verschuldet habe, für den Erfolg verantwortlich sein. Verlange nun der Befehl des Gesetzes, "du sollst den drohenden Erfolg verhindern", so stelle der Unterlassende "dieser Anforderung das Wollen des Nichtwollens entgegen." Dann aber habe es der Unterlassende verursacht, ein Hindernis, welches den Erfolg verhindert hätte, zu setzen. Da diese Unterlassung dem Gesetz zuwiderlaufe, sei sie gleichzeitig rechtswidrig ³¹⁵⁾.

Das Ergebnis seiner Untersuchungen faßt v. BURI mit folgenden Worten zusammen:

"Es läßt sich hiernach sagen, wer die ihm gesetzlich obliegende Pflicht, einen drohenden Erfolg zu verhindern, nicht erfüllt, hat den Erfolg verursacht und ist darum für denselben strafrechtlich verantwortlich. Man wird hiermit zu der Ansicht Feuerbach's zurückgeführt,

315) Beilageheft zu GS 29, 110

die m.E. auch heute noch für die Praxis maßgebend ist, und nur den Nachweis des ursächlichen Elements in der Unterlassung nicht erbracht hat."

Dabei - so fährt v. BURI weiter fort - sei nicht erforderlich, daß das betreffende gesetzliche Gebot ausdrücklich aufgestellt werden müsse. Als ein solches Gebot sei insbesondere auch der Grundsatz anzusehen, daß derjenige, der es durch seine - wenn auch schuldlose - Handlung verursacht habe, daß der Eintritt eines Schadens drohe, diesen auch abzuwenden hat. Keinesfalls sei jedoch zur Begründung der Kausalität eine der Unterlassung vorausgehende Handlung erforderlich. Sie sei lediglich die Quelle, aus welcher die gesetzliche Pflicht, den Schaden abzuwenden, entspringe.

Eine solche Pflicht könne jedoch nicht aus dem moralischen Gebot, andere vor Schaden zu bewahren, hergeleitet werden. Die vertraglich übernommene Pflicht reiche ebenfalls nicht aus, weil sie ein gesetzliches Gebot nicht ersetzen könne ³¹⁶⁾. Der lediglich zivilrechtlichen Verpflichtung wohne immer der Vorbehalt des Verpflichteten inne, daß er sich erst später entscheide, ob er sie erfüllen oder eine Entschädigung zahlen wolle. Auch sie reiche daher zur Begründung der Kausalität nicht aus. Wenn aber die Übernahme einer Verpflichtung zugleich eine Mitwirkung für den Eintritt des Erfolges darstelle, wie z.B., wenn sich der Schwimmer erst auf das Versprechen eventueller Rettung hin in das Wasser wage, liege zweifellos ein ursächliches Verhalten vor. ³¹⁷⁾

b. Die Ansicht ORTMANNs

ORTMANN findet die Kausalität eines Verhaltens für

³¹⁶⁾ aaO. S. 111

³¹⁷⁾ aaO. S. 112

einen Erfolg nicht nur darin, daß für den Erfolg positiv wirkende Bedingungen gesetzt werden. Ursächlich sei ein menschliches Verhalten auch dann, wenn negative dem Erfolg entgegenstehende Bedingungen so vermindert werden, daß der Erfolg eintrete ³¹⁸⁾.

Das reine Unterlassen könne niemals kausal sein, denn der Unterlassende habe lediglich den Erfolg nicht abgewendet.

Abgesehen von den konkludenten Unterlassungen, ³¹⁹⁾ die in Wahrheit positive Handlungen darstellten, könne das Unterlassen nur dann kausal sein, wenn es sich mit einer vorangegangenen positiven Handlung des Unterlassenden verbinde und eine negative Bedingung, die der Täter gesetzt habe, beseitigt werde ³²⁰⁾. Diese negativ wirkende Bedingung findet ORTMANN dann allein in dem Fall, "wenn das vorherige positive Verhalten ein solches war, durch welches der Unterlasser die Erwartung, er werde eine bestimmte, den fraglichen rechtswidrigen Erfolg verhindernde Handlung vornehmen, dergestalt erregt hatte, daß andere, hierauf vertrauend, entweder jenem Erfolg sich aussetzten oder nicht selbst für die Abwendung desselben sorgten." ³²¹⁾ Das Verhalten des Unterlassenden habe dann für den Erfolg einen objektiven Wert, demgegenüber ein subjektives Wollen, das v. BURI betont habe, unerheblich sei ³²²⁾.

318) GS 26, 439

319) Der Begriff der konkludenten Unterlassung ist für ORTMANN ein anderer als für GEYER. ORTMANN rechnet hierher z.B. das Verschweigen einer Tatsache beim Betrug, das in Wahrheit die Versicherung des Nichtvorhandenseins dieser Tatsachen beinhalte und daher eine positive Handlung sei.

320) aaO. S. 440

321) aaO. S. 446

322) aaO. S. 447

Dabei dürfe aber die der Unterlassung vorangegangene Handlung für den Erfolg nicht ursächlich sein,³²³⁾ denn es sei undenkbar, daß zwei zeitlich verschiedene Handlungen kausal seien³²⁴⁾.

c. Stellungnahme zu den Ansichten v. BURIs
und ORTMANNs

Was zunächst v. BURIs spätere Lehrmeinung betrifft, so glaubt er selbst, zu FEUERBACHs Ansicht zurückzukehren. Gemeinsam mit FEUERBACH hat v. BURI zweifellos das Ergebnis seiner Untersuchungen über den Kausalzusammenhang. Was für FEUERBACH selbstverständlich war, die Kausalität des Unterlassens für einen Erfolg, ist somit auch v. BURIs Ausgangspunkt für die Strafbarkeit der Unterlassung. Die der Unterlassung vorausgegangene positive Handlung wird zur Begründung der Ursächlichkeit im Gegensatz zu KRUG, GLASER und MERKEL abgelehnt. Wie FEUERBACH sieht sich v. BURI nun genötigt, die aus seinem Ergebnis erwachsende Folge, wonach jede Unterlassung strafbar wäre, einzuschränken. Hierzu verwendet er aber den Begriff der Rechtspflicht, bei dem er allein von der gesetzlichen Verpflichtung spricht. Moralische, zivilrechtliche und vertraglich übernommene Pflichten scheiden aus. Neben dem ausdrücklichen gesetzlichen Gebot sieht er als eine Quelle der Begründung einer solchen Rechtspflicht die der Unterlassung vorangegangene Handlung an. Insoweit nähert sich v. BURI der Ansicht STÜBELs. Von FEUERBACH entfernt er sich aber wieder, wenn er die Rechtspflicht aus einem Vertrag nicht genügen läßt. Es läßt sich also feststellen, daß v. BURI

323) aaO. S. 449

324) aaO. S. 450

und FEUERBACH den Ausgangspunkt hinsichtlich der Bedeutung des Begriffs der Rechtspflicht gemeinsam haben.

Trotz der gemeinsamen Grundauffassung, von der v. BURI und ORTMANN ausgehen, stimmen beide Autoren in den Ergebnissen nicht überein. ORTMANN findet die Kausalität des Unterlassens in der durch die Vorhandlung geschaffenen Erwartung des Verletzten. Diese Gedankenführung erinnert an KRUG und GEYER, stimmt mit den Ansichten beider Autoren jedoch nicht überein.

KRUG hatte zur Begründung des Kausalzusammenhanges die die Pflicht begründende positive Handlung als Ursache angesehen. Dem folgt ORTMANN gerade nicht, wenn er fordert, daß die der Unterlassung vorangegangene Handlung überhaupt nicht kausal sein dürfe. Die Ursächlichkeit sieht ORTMANN allein in der Erwartung des Verletzten, der sein Verhalten im Hinblick auf die erwartete Handlung ausrichtete.

Näher als an KRUG schließt sich ORTMANN an GEYER an. Jedoch besteht auch zwischen beiden ein wesentlicher Unterschied. Gemeinsam ist ihnen, daß sie das kausale Element in der Erwartung finden. Jedoch leiten beide diese psychische Ursache aus verschiedenen Gründen her. GEYER ließ jede begründete Erwartung des Verletzten, gleich aus welcher Quelle sie sich ergab, genügen. ORTMANN erkennt allein die durch eine Vorhandlung herbeigeführte Erwartung an. Für ORTMANN ist der Begriff der Rechtspflicht, wie ihn FEUERBACH erarbeitet hatte, daher bedeutungslos. Es läßt sich lediglich eine Ähnlichkeit zwischen STÜBEL und ORTMANN erkennen.

5. Die Ansicht BINDINGS

Die für BINDING ³²⁵⁾ entscheidende Frage ist allein, wie man durch ein Unterlassen handeln könne. Ein Gebot zum Handeln mach das Unterlassen zwar zu einem Verbotenen, aber nicht zu einer Begehung. Wegen eines unechten Unterlassungsdelikts könne daher nur dann bestraft werden, wenn das Unterlassen eine Handlung sei ³²⁶⁾.

Auch BINDING geht von der der Unterlassung vorausgegangenen Handlung aus und erklärt, daß ein unechtes Unterlassungsdelikt nur vorliege, wenn der Unterlassende sich durch diese verbindlich gemacht habe, einem schädlichen Erfolg entgegenzutreten. Jedoch dürfe diese vorausgegangene Handlung nicht eine Verursachungshandlung für den Erfolg sein ³²⁷⁾, denn sonst sei das Unterlassen überhaupt unbeachtlich, da der Erfolg ohne weiteres Zutun eintreten würde ³²⁸⁾. Das Wesen jener vorausgehenden Handlung bestehe gerade darin, daß ihr Urheber diese zur Abwendung eines schädlichen Erfolges aufstelle. Die übernommene Tätigkeit des Bahnwärters z.B. diene gerade dem Schutze der Bahn. Auch wenn er von vornherein die Absicht habe, seiner Verbindlichkeit zuwider zu handeln, sei dies nicht anders, da diese Absicht in die Zukunft wirke ³²⁹⁾. Sei aber die Fassung des Entschlusses, mit eigener Kraft einem Schaden entgegenzutreten, eine den Erfolg hindernde Bedingung, so beinhalte das

325) Normen II, S. 225 ff.

326) aaO. s. 225

327) aaO. S. 226

328) aaO. S. 227

329) aaO. S. 228

Aufgeben dieses Entschlusses ein Vernichten der den Schaden abhaltenden Bedingung³³⁰⁾.

Von dieser Grundeinstellung aus zieht BINDING nun nicht den naheliegenden Schluß, daß das Unterlassen unter diesen Umständen eben wegen der Vernichtung einer solchen Bedingung in Wahrheit ein Handeln sei. Ja, er lehnt diese mögliche Folgerung sogar ab und schränkt das bisher gefundene Ergebnis wieder ein. Hierbei geht er von folgendem Beispielsfall aus: Verspreche ein Wanderer einem hilflos am Wege Liegenden, Hilfe zu schicken, und unterlasse der Versprechende die, wäre er Urheber des später eingetretenen Todes, denn er hätte dann die durch das Versprechen geschaffene den Erfolg hindernde Bedingung wieder vernichtet. Das aber könne nicht richtig sein, denn der Tod wäre auch eingetreten, wenn der Wanderer nicht vorbeigekommen wäre. Das Verhalten des Versprechenden liege also außerhalb jeder Kausalbeziehung³³¹⁾.

Die sonach erforderliche Einschränkung findet BINDING darin, daß es nicht ausreiche, daß die selbst gesetzte abhaltende Bedingung wieder beseitigt werde. Verursachung bedeute die Veränderung des Gleichgewichts zwischen den den Erfolg abhaltenden und auf ihn hin wirkenden Bedingungen. Kausalität liege also da nicht vor, wo man gleichviele und gleichstarke Bedingungen der einen oder anderen Art setze. Deshalb könne niemand bestraft werden, der - wie im Beispielsfall der Wanderer - die von ihm gesetzten Bedingungen wieder beseitige.³³²⁾

330) aaO. S. 233

331) aaO. S. 233

332) aaO. S. 234

Zu der Beseitigung eines selbst aufgestellten Hindernisses müsse ein weiteres Moment hinzukommen. Dies könne das Setzen einer weiteren positiven Bedingung sein (der schlechte Schwimmer wagt sich erst im Hinblick auf das Versprechen ins Wasser). Ebenso gehöre hierher die Vernichtung einer weiteren den Erfolg abhaltenden Bedingung (ein Dritter überredet den Bahnwärter, seinen Platz zu verlassen, und verspricht, in dessen Abwesenheit die Schranke zu betätigen, was er dann unterläßt). Ein weiterer Fall sei der, wo die Entstehung einer weiteren den Erfolg abhaltenden Bedingung verhindert werde.

Die beim Begehungsdelikt durch Unterlassen vorhandene Verbindung von Förderung und Hinderung des Erfolges ³³³⁾, wonach die Hinderung nur das Äquivalent der Förderung sei, habe also zur Folge, daß die den Erfolg befördernden Bedingungen solange nicht wirksam seien, als das Äquivalent, die Hinderung, vorhanden sei. Fällt das Äquivalent dagegen fort, so lebten auch gleichzeitig die positiven Bedingungen auf. Hier könne dann nicht mehr davon gesprochen werden, daß nur die selbstgesetzten Bedingungen wieder beseitigt würden ³³⁴⁾. Die Verursachung falle also zeitlich mit der Beseitigung des Äquivalents zusammen ³³⁵⁾.

Als Ergebnis kann also festgestellt werden, daß BINDING in einem Unterlassen unter den bezeichneten Umständen eine Handlung, nämlich die Beseitigung des

333) aaO. S. 238

334) aaO. S. 239

335) aaO. S. 246

den Erfolg hindernden Äquivalents sieht.

6. Stellungnahme zu BINDINGs Ansicht

Das Merkmal der Rechtspflicht zum Handeln erhält von BINDING gleich eingangs seiner Untersuchungen eine entscheidende Absage: es mache das Unterlassen zwar zu einem Verbotenen, nicht aber zu einem Begehen.

BINDING legt seinen Untersuchungen zwei Fragen zugrunde, einmal die, ob das Unterlassen als ein Begehen angesehen werden könne, zum anderen die, ob dieses in dem Unterlassen verborgene Begehen auch für einen Erfolg ursächlich sei. Wie sehr er beide Fragen trennt, ergibt sich daraus, daß er zunächst wohl die Unterlassung als ein Begehen ansieht, dann aber die Kausalität untersucht und sich zu einer Differenzierung genötigt sieht.

So bedeutungslos, wie es zunächst erscheinen mag, ist der Begriff der Rechtspflicht auch für BINDING nicht. Auch er geht von der der Unterlassung vorausgehenden Handlung aus und damit von dem Gedanken, dessen Urheber STÜBEL ist.

III. Stellungnahme zu den Ergebnissen der
Rechtslehre von der Mitte des 18. Jahr-
hunderts bis zur Rechtsprechung des
Reichsgerichts

Die Ausführungen zu dem hier bezeichneten Zeitabschnitt haben deutlich werden lassen, daß zwei entscheidende, die Lehre beeinflussende Ereignisse zu verzeichnen sind.

Zunächst einmal war dies FEUERBACHs Einteilung der Delikte nach der jeweiligen Erscheinungsform des Handelns. Hierdurch sah man sich genötigt, den Begriff der Rechtspflicht, wie er bis zu diesem Zeitpunkt nur bei der negativen Teilnahme verwendet worden war, auch der täterschaftlichen Begehung zuzuordnen.

Eine zweite Wende in der Behandlung des Unterlassens trat mit LUDENS Untersuchungen ein, der die Rechtslehre auf die Kausalität der Unterlassung aufmerksam machte.

Angesichts dieser Tatsachen kann man die Zeit bis zum Erscheinen des Lehrbuchs von FEUERBACH nur als eine Zeit der Entwicklung der Fragen um den Begriff der Rechtspflicht bezeichnen. Für die weitere Untersuchung, die sich mit dem Versuch einer systematischen Einteilung der vertretenen Lösungen beschäftigen soll, hat diese Zeitepoche daher außer Betracht zu bleiben.

1. Der Versuch einer systematischen Einteilung
der dargestellten Ansichten

Eine systematische Einteilung der vertretenen Ansichten,

wie sie etwa Armin KAUFMANN ³³⁶⁾ in seiner Untersuchung vorgenommen hat, begegnet notwendigen Schwierigkeiten. Dies findet seinen Grund zunächst darin, daß die Untersuchung zwei Probleme berührt hat, den Begriff der Rechtspflicht und die Frage nach der Kausalität der Unterlassung. Angesichts des hier erstrebten Zieles, die Entwicklung und den Wandel des Rechtsinstituts der Rechtspflicht zu verfolgen, scheidet eine Einteilung allein von der Frage der Kausalität heraus. Bei dem Versuch einer systematischen Einteilung kann im Hinblick auf das hier behandelte Thema nur gefragt werden: Welche Bedeutung hat die Rechtslehre dem Begriff der Rechtspflicht für die Strafbarkeit des Unterlassens beigelegt?

Für die Mehrzahl der Autoren der ersten Hälfte des 19. Jahrhunderts ist die Beantwortung dieser Frage relativ leicht. Die Rechtspflicht dient dazu, die Rechtswidrigkeit des Unterlassens zu begründen. Hier sind FEUERBACH, SPANGENBERG, TITTMANN, HEFFTER und ZACHARIÄ zu nennen. Aus der zweiten Hälfte des 19. Jahrhunderts sei auf HÄLSCHNER ³³⁷⁾, v. WÄCHTER ³³⁸⁾ und v. BURI verwiesen. Ebenso ist OPPENHOFF ³³⁹⁾ hier zu nennen. Man kann diese Lehren daher als die Theorien der Pflichtverletzung bezeichnen ³⁴⁰⁾, wobei jedoch darauf hingewiesen werden muß, daß der Inhalt des Begriffs der Rechtspflicht nicht einheitlich ist.

336) Dogmatik, S. 243 ff.

337) System, S. 67; in seinem Lehrbuch, S. 238 ff. hat er diese Ansicht aufgegeben.

338) Strafrecht, S. 197

339) Das Strafgesetzbuch, S. 84 Anm. 2, S. 275 Anm. 20

340) Siehe hierzu KAUFMANN, Dogmatik, S. 243, Anm. 16

Interessant ist, daß diese Theorie der Pflichtverletzung zu einer Zeit begründet wurde, als der dreistufige Verbrechensaufbau noch nicht bekannt war.

Sind die Lehrmeinungen, die den Begriff der Rechtspflicht zur Begründung der Rechtswidrigkeit des Unterlassens verwenden, unter der Pflichtverletzungstheorie zusammengefaßt, so drängt es sich auf, die Ansichten, die die Rechtspflicht zur Begründung des Kausalzusammenhanges heranziehen, unter dem Begriff der Kausalitätstheorien zu vereinigen. Allein, diese Einteilung wäre nutzlos, denn im eigentlichen Sinne des Wortes wäre von den hier dargestellten Autoren lediglich HENKE zu nennen, der den Begriff der Rechtspflicht, wie ihn FEUERBACH gebrauchte, zur Begründung des Kausalzusammenhanges heranzog. Schon GEYER und ALDOSSER leiten, obwohl sie HENKE sehr nahe kommen, die Kausalität der Unterlassung aus einer von dem Täter geschaffenen Erwartung her. Hier ist die Rechtspflicht lediglich ein Grund zur Hervorbringung dieser Erwartung.

Die Möglichkeit einer Unterscheidung zwischen den Pflichtverletzungs- und Kausaltheorien erscheint nicht nur unzweckmäßig, sondern unrichtig. Beide überschneiden sich. Das zeigt sich deutlich bei KRUG. Er spricht von der Übernahme einer speziellen Rechtspflicht und betont dabei sowohl den Übernahmeakt als positive Tätigkeit als auch die Verletzung der Verpflichtung.

Ebenso wäre eine Gliederung nach der Unterlassung vorausgegangenen Handlung unergiebig. Dies zeigt sich z.B. deutlich bei einem Vergleich zwischen KRUG und ORTMANN. Beide gehen von der vorausgegangenen Handlung und der durch sie geschaffenen Erwartung aus. KRUG betont die

Notwendigkeit der Kausalität der Vorhandlung, ORTMANN leugnet die gerade. Umgekehrt wäre auch eine Unterscheidung nach dem Begriff der Erwartung nutzlos.

Eine praktische brauchbare Einteilung läßt sich daher für die nicht unter die Pflichtverletzungstheorie fallenden Autoren nur vom Standpunkt der Begründung der Kausalität aus finden. Dies aber ist die Gliederung, nach der die Erörterungen über die Kausalität in dieser Untersuchung geführt wurden ³⁴¹⁾. Hinzuzufügen wäre noch eine weitere Gruppe von Autoren, die die Unterlassung als eine Handlung ansieht, wozu BINDING und z.B. auch BERNER ³⁴²⁾ zu rechnen wären.

2. Die Unterlassung als ein "etwas nicht tun"

Gegen Ende des 19. Jahrhunderts waren die Fragen der Strafbarkeit des Unterlassungsdelikts weit von einer Klärung entfernt. Die Rechtslehre war wohl selten in einer Frage zu einer solchen Vielzahl unterschiedlicher Ansichten gelangt. Die bis dahin gescheiterten Versuche, die Kausalität des Unterlassens für einen bestimmten Erfolg nachzuweisen, haben dann sogar dazu geführt, die Kausalität nicht mehr zu fordern ³⁴³⁾.

Die richtige Lösung der Fragen um die Strafbarkeit des Unterlassens fand sich dann von dem Begriffe des Unterlassens, seinem Inhalt her. Unterlassen - so

341) Siehe hierzu die Gliederung von v. ROHLAND, "Die strafbare Unterlassung". LUDENS Ansicht würde als die Theorie des Anders-Handelns zu bezeichnen sein, jedoch der Gruppe zugeordnet werden müssen, die die Unterlassung als Handlung ansieht.

342) Lehrbuch, S. 152

343) v. LISZT, Lehrbuch, S. 110/111 und v. ROHLAND: "Die strafbare Unterlassung", S. 113 ff.

sagte v. LISZT - ³⁴⁴⁾ sei nicht ein Nichttun, sondern das Unterlassen einer "bestimmten erwarteten Handlung". Damit aber war die Kausalität von dieser erwarteten Handlung abgeleitet, das Merkmal der Rechtspflicht bestimmte wieder wie bei FEUERBACH die Rechtswidrigkeit des Unterlassens. Mag v. LISZT auch zunächst keine Anerkennung gefunden haben, so konnte er doch mit Recht sagen: ³⁴⁵⁾

"Die deutsche Wissenschaft verdankt der unrichtigen Fragestellung ihre unhaltbaren Ergebnisse."

Bei aller Berechtigung dieser Kritik muß jedoch darauf hingewiesen werden, daß die Erörterungen über die Kausalität mit Hilfe der der Unterlassung vorausgegangenen Handlung bleibenden Wert besessen haben. Hatte STÜBEL nur von einem an sich schon strafbaren Vorverhalten gesprochen, so haben die späteren Erörterungen dazu geführt, auch die Pflichtbegründung aufgrund eines straflosen Vorverhaltens anzuerkennen ³⁴⁶⁾.

344) aaO. S. 109

345) aaO. S. 111

346) NAGLER GS 11, 17 Anm. 60: Ihre Pflege und gründliche Durchbildung verdankte die Ingerenz vor allem der Lehre von der Ursächlichkeit der dem Unterlassen vorhergehenden Handlung Sie bildet das lebenskräftige Glanzstück ihrer Forschungen."

D. Die gesetzlichen Bestimmungen über die
Strafbarkeit des Unterlassens in den
Gesetzbüchern der deutschen Bundesstaaten
vom preußischen Allgemeinen Landrecht
bis zum Reichsstrafgesetzbuch

Die Entwicklung der Gesetzgebung der deutschen Bundesstaaten ist ebenso wie die Strafrechtswissenschaft des 19. Jahrhunderts mit der Fortbildung der philosophischen Anschauungen verbunden. Am Ende des 18. Jahrhunderts hatten lediglich die preußischen Staaten in ihrem Allgemeinen Landrechtein junges Gesetzbuch. Dies aber entsprach wegen seines zum großen Teile polizeilichen Charakters nicht mehr den Anforderungen des rechtsstaatlichen Denkens. In Bayern galt der "Codex iuris Bavarici criminalis" aus dem Jahre 1751, dessen Unzulänglichkeiten im Laufe der Zeit durch eine willkürliche Praxis gemildert worden waren. ¹⁾

Im übrigen Deutschland fand - mit Ausnahme Österreichs - das Strafrecht der Carolina Anwendung. So stand für die Wissenschaft die Strafrechtsreform im Vordergrund. Die Philosophie KANTS mit der Trennung zwischen Recht und Moral ²⁾ und die Fragen nach Rechtsgrund und den Zwecken der Strafe zwangen zu völlig neuer Betrachtung des Strafrechts und beeinflussten so auch die Gesetzgebungsarbeiten. Wie sehr die damalige Zeit nach der Neuschaffung des Strafrechts drängte, mögen FEUERBACHS

1) v. HIPPEL, Strafrecht I, S. 283; FEUERBACH, berichtet in "Leben und Wirken" I, S. 130, sagt über den Codex: "Die eigentlichen Strafgesetze dieses Codex sind fast durchaus in Draco's Geist gedacht und geschrieben mit Blut".

2) Siehe hierzu LOENING ZStW 3, 278

Worte wiedergeben:

"Unser Staat ist in einer völligen, wiewohl unblutigen Revolution begriffen. Alles Alte wird eingerissen und eine neue Ordnung der Dinge gegründet,....." 3)

"Eine große Epoche hat begonnenVerfassung! Organisation! Gesetzgebung! das sind die großen Losungsworte unserer Tage " 4)

Welchen Einfluß die Rechtslehre auf die Gesetzgebung genommen hat, soll dadurch gezeigt werden, daß zunächst das preußische Allgemeine Landrecht im Hinblick auf die hier interessierende Frage untersucht wird. Danach wird das "Baierische Strafgesetzbuch" von 1813 dargestellt, das im wesentlichen auf FEUER-BACH zurückgeht. Die übrigen Strafgesetzbücher der deutschen Bundesstaaten werden zusammenfassend behandelt.

I. Das preußische Allgemeine Landrecht

Eine Darstellung der Gesetzgebung muß mit dem "Allgemeinen Landrecht für die Preußischen Staaten" vom 5. Februar 1794 beginnen. Im zweiten Teil unter dem zwanzigsten Titel wird das Strafrecht behandelt, wobei zunächst "Von den Verbrechen und Strafen überhaupt" 5) und sodann von den einzelnen Verbrechen die Rede ist 6).

Neben einer Fülle von strafbaren Unterlassungen, die

3) Aus einem Brief an seinen Vater im Jahre 1808, Leben und Wirken I, S. 151 (152)

4) Aus dem Vorwort zu UNTERHOLZNERs Handbuch.
Zitiert bei LOENING ZStW 3, 317

5) 1. Abschnitt §§ 7-90

6) §§ 91-1577

lediglich polizeilichen Charakter haben ⁷⁾, enthält das ALR aber auch Unterlassungsdelikte, die kriminelles Unrecht enthalten.

Im ersten Abschnitt wird ganz allgemein festgestellt:⁸⁾

"Auch durch freie Unterlassung dessen, was die Gesetze von Jemanden fordern, begehet derselbe ein Verbrechen."

Dem entspricht dann der bei den Straftaten über die körperlichen Verletzungen aufgestellte Grundsatz: ⁹⁾

"Ein Jeder ist schuldig, ein Betragen so einzurichten, daß er weder durch Handlungen, noch Unterlassungen, Anderer Leben oder Gesundheit in Gefahr setze."

Hieraus ist deutlich erkennbar, daß eine besondere Rechtspflicht zur Strafbarkeit des Unterlassens, das eine körperliche Verletzung eines anderen herbeigeführt hat, nicht erforderlich ist, denn das Gesetz selbst spricht die Strafbarkeit einer solchen Unterlassung aus.

Ebenso ist auch die Pflicht, Verbrechen zu hindern, weit ausgedehnt. In § 80 wird jeder für verpflichtet erklärt, Verbrechen, durch die die Sicherheit des Staates, das Leben, die Gesundheit, die Ehre oder das Vermögen eines anderen einer erheblichen Gefahr ausgesetzt wird, anzuzeigen. Für diese Fälle des Unterlassens enthält § 82 eine selbständige Strafdrohung. Bei einzelnen Delikten wird dieser Grundsatz dann noch ein-

7) Vgl. hierzu MAURACH, Allgemeiner Teil, 3. 41; das ALR erwähnt z.B. folgende Fälle: §§ 712, 714 i.V. m § 715 (Pflicht der Hebamme unter besonderen Umständen einen Arzt zu rufen), §§ 774, 775 (Sicherung von Baustellen) § 771 (Sicherung von Gebäuden, Wegen und Brücken).

8) § 8

9) § 691

mal wiederholt wie z.B. beim Hochverrat (§ 97) und bei den Münzdelikten (§ 261).

Hinsichtlich der unechten Unterlassungsdelikte sei noch der Fall des Kindermordes erwähnt (§ 967):

"Wenn eine Wöchnerin ihr Kind durch unterlassene Verbindung der Nabelschnur vorsätzlich verbluten läßt; oder demselben die nöthige Pflege und Wartung vorsätzlich entzieht: so wird sie als die Mörderin desselben angesehen."

Das ALR hatte damit also den in der Rechtslehre immer wieder behandelten Fall ausdrücklich geregelt.

Für die hier interessierende Frage der Anerkennung einer Rechtspflicht zum Handeln gibt das ALR also nichts her.

II. Die bayerischen Strafgesetzbücher aus den Jahren 1813 und 1861

Das "Strafgesetzbuch für das Königreich Baiern" von 1813 spricht in seinem Art. 1 die Strafbarkeit des Unterlassens aus, soweit für sie "ein Gesetz ein gewisses Uebel angedrohet hat." Daß auch das fahrlässige Unterlassen strafbar ist, ergibt sich aus Art. 69.

Für den hier interessierenden Bereich des Unterlassens ist dann Art. 73, der den Fall der negativen Beihilfe regelt, wichtig.

"Wer die Ausführung des von einem Andern schon beschlossenen Verbrechens wissentlich und vorsätzlich befördert, durch pflichtwidriges Unterlassen, ist Gehülfe,"

Die ausdrückliche Hervorhebung der Pflichtwidrigkeit der Unterlassung entspricht FEUERBACHs Ansicht, der ja von einer Verbindlichkeit zu positiven Handlungen gesprochen hatte. Über die Art der Verpflichtung geben die folgenden Vorschriften Auskunft. Hatte noch FEUERBACH eine allgemeine Pflicht zur Verhinderung strafbarer Handlungen abgelehnt, so steht das bayerische Strafgesetzbuch von 1813 auf einem anderen Standpunkt. Art. 78 macht es grundsätzlich jedem zur Pflicht, von beabsichtigten strafbaren Handlungen anderer Mitteilung zu machen, so daß jedes Unterlassen, das nicht zur Urheberschaft führt, als Beihilfe zu betrachten ist. Das Gesetz selbst ¹⁰⁾ spricht von einer "Bürgerpflicht".

Darüber hinaus kennt das bayerische Strafgesetzbuch von 1813 die besondere Anzeigepflicht der Staatsbeamten und öffentlichen Diener, die durch ihr Amt zur Entdeckung und Verhinderung von Verbrechen berufen sind (Art. 74 IV; Art. 76 IV). Auch die Vernachlässigung dieser Pflicht führt zur strafbaren Beihilfe an dem nicht verhinderten Verbrechen. Jedoch werden beide Pflichten, die des Staatsdieners und die des Bürgers, nicht als gleichwertig angesehen. Die Unterlassung des Staatsdieners führt zur Bestrafung als Gehilfe des zweiten Grades, die des Bürgers wird als Beihilfe des dritten Grades angesehen und zieht eine geringere Strafe als die des zweiten Grades nach sich.

Ähnlich sieht die gesetzliche Regelung bei der Begünstigung, der Unterstützung des Täters nach Vollendung der Tat, aus. Auch hier wird in Art. 84 eine Hilfeleistung durch ein pflichtwidriges Unterlassen erwähnt. Jedoch

10) Art. 78

besteht eine allgemeine Anzeigepflicht nur bei schwereren Verbrechen (Art. 88). Der durch ein Amt Verpflichtete hat jedes begangene Verbrechen anzuzeigen (Art. 87).

Im Besonderen Teile des Strafgesetzbuches erscheint das Unterlassen als eine Erscheinungsform strafbaren Handelns z.B. bei der Tötung und beim Kindermord. Während Art. 142 bei der Tötung ausdrücklich die "rechtswidrige Unterlassung" erwähnt, spricht Art. 157 nur davon, daß die Mutter ihr Kind "absichtlich um das Leben bringet." Daß hierunter auch das Unterlassen fallen kann, ergibt sich aus Art. 160, der die "lebensgefährliche Unterlassung" ausdrücklich als eine Begehungsart des Kindermordes erwähnt.

Eine allgemeine Erklärung für die Strafbarkeit des Unterlassens geben die von GÖNNER gefertigten "Anmerkungen zum Strafgesetzbuche für das Königreich Baiern". Zu Art. 1 führt er aus: ¹¹⁾

"Eben so wenig waltet zwischen Handlungen und Unterlassungen (commissio vel ommissio) hinsichtlich der Strafbarkeit im Allgemeinen ein Unterschied ob, denn auch eine Unterlassung kann mit rechtswidrigem Vorsatz (Dolus) verbunden seyn, und dann ist sie, wie Artikel 142. zeigt, gleich einer positiven Handlung strafbar;....."

Die jedem Staatsbürger obliegende Anzeigepflicht wird damit begründet ¹²⁾, daß dem Staate nicht nur daran gelegen sei, Verbrechen zu bestrafen, sondern zu verhindern. Hierzu bediene er sich jedes Staatsbürgers,

11) Seite 67/68

12) Anmerkungen zu Art. 78 S. 209/210

so daß die Anzeigeverpflichtung eine "allgemeine Bürgerpflicht" sei. Wo aber eine besondere Pflicht vorliege, müsse auch die Strafe höher sein.

Das spätere, aus dem Jahre 1861 stammende "Strafgesetzbuch für das Königreich Bayern" verzichtet auf die Gleichstellung der Handlung mit dem Unterlassen. Der Begriff der "pflichtwidrigen Unterlassung" erscheint nicht mehr. Die unterlassene Anzeige oder Hinderung eines Verbrechens wird nicht mehr als Beihilfe an dem nicht verhinderten Verbrechen bestraft, sondern in einem besonderen Tatbestand geregelt (Art. 62). Eine allgemeine Bürgerpflicht kennt das Gesetz nicht mehr. Die Anzeige ist nur noch bei den schwersten Delikten vorgeschrieben (Art. 62 Abs. 1). Hierunter fallen z.B. Hoch- und Landesverrat, Münzfälschung, Notzucht und gemeingefährliche Verbrechen. Ebenso ist der besondere Fall der Nichtanzeige oder Nichthinderung von Verbrechen der Staatsdiener in einem eigenen Tatbestand enthalten (Art. 63). Diese sollen jedoch noch als Teilnehmer, d.h. wie ein Teilnehmer an diesem Verbrechen, bestraft werden.

Im Besonderen Teil des Strafgesetzbuchs spricht das Gesetz beim Mord (Art. 228) und beim Kindesmord (Art. 231) nur noch von der Verursachung des Todes.

III. Die Strafgesetzbücher für Oldenburg, Hannover, Hessen, Baden, Sachsen, Württemberg, Braunschweig und Thüringen

Mit dem bayerischen Strafgesetzbuch von 1813 stimmt das ein Jahr später erschienene "Strafgesetzbuch für die

Herzoglich=Oldenburgischen Lande" im Hinblick auf die hier interessierende Frage zum Teil sogar wörtlich überein. Art. 1 spricht den Grundsatz aus, daß das Unterlassen strafbar ist, wenn eine gesetzliche Bestimmung für die Strafbarkeit besteht. So wird dann in Art. 79, der Art. 73 des bayerischen Strafgesetzbuchs von 1813 entspricht, das "pflichtwidrige Unterlassen" als Beihilfe bestraft. Hier wird aber nur die Amtspflicht des Staatsdieners, der zur Anzeige oder Verhinderung strafbarer Handlungen berufen ist, erwähnt (Art. 82 IV). Die jedem Bürger obliegende Pflicht zur Anzeige bevorstehender Verbrechen wird im Falle der Unterlassung der Anzeige nicht mehr als Beihilfe angesehen, sondern ist in einer besonderen Bestimmung geregelt, die auch eine selbständige Strafdrohung enthält (Art. 84). Die unterlassene Anzeige eines Verbrechens nach der Vollendung führt zur Bestrafung wegen Begünstigung, sofern es sich um einen zur Anzeige verpflichteten Staatsbeamten handelt (Art. 93). Die unterlassene Anzeige der schwersten Verbrechen ¹³⁾ trifft auch den Staatsbürger. Aber auch hier wird er nicht wegen Begünstigung bestraft, sondern aus der besonderen Bestimmung des Art. 94.

Ansonsten spricht auch das Oldenburgische Gesetz bei der Tötung von einer "rechtswidrigen Unterlassung" (Art. 147) und erwähnt beim Kindermord die "lebensgefährlichen Unterlassungen" (Art. 165).

Auch die späteren Strafgesetzbücher der deutschen Bundesstaaten versuchen die Problematik der Strafbarkeit

13) So z.B. Hoch- und Landesverrat

der Unterlassung zu lösen. Entweder wird die Unterlassung bestraft, soweit dies gesetzlich bestimmt ist ¹⁴⁾, oder man bestraft die Unterlassungen, "welche in den Bestimmungen den Worten oder dem Sinne nach mit Strafe bedroht sind ¹⁵⁾."

Die unterlassene Hinderung eines Verbrechens durch einen Staatsdiener, der hierzu aufgrund seines Amtes verpflichtet ist, wird teilweise als Beihilfe, ¹⁶⁾ teilweise als Begünstigung angesehen ¹⁷⁾. Der Bürger ist nicht mehr zur Anzeige jedes Verbrechens verpflichtet. Eine Anzeigeverpflichtung besteht nur noch bei schweren Verbrechen und ist in einer Bestimmung mit eigener Strafdrohung enthalten ¹⁸⁾ oder die Anzeigepflicht wird bei den einzelnen Delikten jeweils besonders ausgesprochen ¹⁹⁾.

-
- 14) Diesen Grundsatz bringen zum Ausdruck: Criminalgesetzbuch für das Königreich Hannover von 1840 (Art. 6); Strafgesetzbuch für das Großherzogtum Hessen von 1841 (Art. 1), übernommen 1849 von Nassau und 1856 in Frankfurt eingeführt; Strafgesetzbuch für das Großherzogtum Baden von 1845 (§ 1)
- 15) So im Ergebnis: Criminalgesetzbuch für das Königreich Sachsen von 1838 (Art. 1) übernommen 1841 von Altenburg, 1844 von Meiningen, 1845 von Schwarzburg-Sondershausen; Strafgesetzbuch für das Königreich Württemberg von 1839 (Art. 1); Criminalgesetzbuch für das Herzogtum Braunschweig von 1840 (§ 4); Strafgesetzbuch für Thüringen von 1850 (Art. 1)
- 16) So z.B. die Strafgesetzbücher für Hannover (Art. 68 Nr. 4) und Hessen (Art. 92). Im Strafgesetzbuch für Hessen handelt es sich um eine diesen Fall betreffende besondere Bestimmung, die aber ausspricht, der Beamte "soll als Gehilfe des Täters bestraft werden."
- 17) So z.B. das Criminalgesetzbuch Sachsen-Altenburg Art. 39
- 18) Strafgesetzbücher für Braunschweig (§ 48) und Baden (§ 146)
- 19) So z.B. Criminalgesetzbuch für Hannover (Art. 126) bei den Staatsdelikten

IV. Die Preußischen Strafgesetzbücher

Das "Strafgesetzbuch für die Preußischen Staaten" vom 14. April 1851 spricht in seinem § 1 nur noch von Handlungen, die strafbar sind, und erwähnt die Unterlassung nicht mehr. Ebenso ist dem Gesetz die Beihilfe und die Begünstigung durch Unterlassen fremd. Unter dem dritten Titel, "Von der Theilnahme an einem Verbrechen oder Vergehen", erscheint in § 39 die Nichtanzeige der schwersten Delikte, wie z.B. Hoch- und Landesverrat, Mord, Raub usw., jedoch betrachtet das Gesetz diesen Fall nicht als Beihilfe. Es handelt sich also um ein echtes Unterlassungsdelikt. Auch im Besonderen Teil erscheint der Begriff der Unterlassung nicht, den der Gesetzgeber in den Entwürfen noch kannte. Daß damit aber nicht die Strafbarkeit des Unterlassens geleugnet werden sollte, ergeben die Gesetzesvorarbeiten. Man hielt die ausdrückliche Nennung der Unterlassung für überflüssig.²⁰⁾

Hinsichtlich der hier interessierenden Fragen wurde durch das "Strafgesetzbuch für den Norddeutschen Bund" vom 31. Mai 1870, das am 15. Mai 1871 zum "Strafgesetzbuch für das Deutsche Reich" verkündet wurde, nichts geändert.

V. Zusammenfassende Betrachtung der Gesetzgebung des 19. Jahrhunderts

Der Unterschied, den die Gesetzgebungen des 19. Jahrhunderts im Gegensatz zu den vorher geltenden Gesetzen

20) Siehe hierzu CLEMENS, Unterlassungsdelikte, S. 40 ff.

brachten, ist hier am Preußischen Allgemeinen Landrecht aufgezeigt worden und bedarf keiner weiteren Hervorhebung.

Überblickt man die Gesetzgebung des 19. Jahrhunderts, so erscheint sie als ein getreues Spiegelbild der Arbeiten der Rechtslehre. Sowohl das bayerische Strafgesetzbuch von 1813 als auch das von Oldenburg aus dem Jahre 1814 sprechen ausdrücklich von "pflichtwidrigen Unterlassungen", erfordern also zur Strafbarkeit des Unterlassens eine Rechtspflicht. Welche Rechtspflichten im einzelnen nach dem Wortlaut der Gesetze anerkannt sind, läßt sich nur aus den Bestimmungen über die Strafbarkeit der Beihilfe und Begünstigung entnehmen. Die anfangs noch jeden Bürger betreffende Pflicht, strafbare Handlungen anderer anzuzeigen oder zu verhindern, wird im Laufe der Zeit immer mehr eingeschränkt und erscheint später nur noch in dem Rahmen, der auch heute noch in § 138 StGB enthalten ist. Ansonsten wird von den meisten Gesetzen die besondere Pflicht des Staatsdieners, der zur Hinderung oder Anzeige von bevorstehenden oder begangenen Verbrechen verpflichtet ist, genannt. Auch hiervon sehen die preußischen Gesetze und das Strafgesetzbuch Bayerns aus dem Jahre 1861 ab.

Angesichts der zur damaligen Zeit in der Literatur herrschenden Uneinigkeit kann es nur als richtig bezeichnet werden, daß der Gesetzgeber die Lösung der Frage um das unechte Unterlassungsdelikt der Rechtswissenschaft und der Rechtslehre überließ. Wie schwierig die Aufgabe für den Gesetzgeber war, zeigt heute der Entwurf eines Strafgesetzbuches von 1962, der die Fälle

der Ingerenz der Klärung durch die Rechtsprechung überlassen hat ²¹⁾.

Daß hier angedeutete Skepsis gegenüber den Versuchen der Gesetzgebungen, die Strafbarkeit des Unterlassens zu regeln, nicht nur vom Standpunkt der heutigen Rechtsauffassung begründet erscheint, mögen MITTERMAIERS Worte wiedergeben: ²²⁾

"Es ist wirklich lustig, zu bemerken, wie die Gesetzesredaktoren sich quälen, um ihre Absicht zu erreichen, und während die Würtemberger mit dem Ausdruck: Sinn sich begnügen, der hannoversche Entwurf: von dem nicht zweifelhaften Sinn, spricht. Alle diese ohnehin sehr nutzlosen Beiwörter zeigen, wie die Redaktoren selbst es fühlen, wie gefährlich ihr Ausdruck werden kann."

21) Amtliche Begründung zu § 13 S. 125

22) Entwurf zu einem Criminalgesetzbuch für das Königreich Sachsen, Archiv des Criminalrechts, NF 1836, 395 (410)

E. Die strafrechtliche Beurteilung des
Unterlassens in der Rechtsprechung

Wenn gerade der letzte Abschnitt der Untersuchung über die Strafbarkeit des unechten Unterlassungsdelikts in der historischen Entwicklung des Begriffs der "Rechtspflicht" der Rechtsprechung gewidmet ist, findet dies seinen Grund in der Aufgabe der Rechtsprechung. Die Rechtslehre des 19. Jahrhunderts hatte sich mit keinem endgültigen Erfolg mit den Fragen der Strafbarkeit des unechten Unterlassungsdelikts beschäftigt. Wenn - wie dargestellt - die Gesetzgebung diese Frage nicht lösen konnte, kommt der Rechtsprechung maßgebliche Bedeutung zu. Sie entscheidet über die Strafbarkeit eines konkreten Verhaltens am bestimmten Fall und führt damit die Strafrechtslehre zur praktischen Vollendung. Wo die Bedeutung der Strafrechtswissenschaft für die strafgerichtliche Praxis geleugnet wird, sieht sich die Rechtsprechung einer Aufgabe gegenüber, der sie allein nicht gewachsen ist. Welchen Einfluß die Wissenschaft auf die Praxis hatte, werden die folgenden Ausführungen zeigen.

Die Darstellung der älteren Rechtsprechung zu einer bestimmten Rechtsfrage - zumal zu einer solchen des Allgemeinen Teils des Strafrechts - muß Schwierigkeiten begegnen. Das findet seinen Grund weniger in den verschiedenen Strafrechtssystemen, die in den einzelnen Bundesstaaten galten, als vielmehr in der Schaffung der neuen Kodifikationen. Die neu geschaffenen Tatbestände - insbesondere des Besonderen Teils - bedurften der Auslegung durch die Gerichte. Die Veröffentlichung der Entscheidungen der Obergerichte waren nötig für eine einheitliche Rechtsprechung. So zeigt

sich denn auch bei Durchsicht der älteren Entscheidungssammlungen, daß die veröffentlichten Erkenntnisse zum größten Teile den Besonderen Teil des Strafrechts betreffen.

Ein weiterer Grund, der die hier versuchte Aufgabe erschwert, liegt in der Form der mitgeteilten Erkenntnisse. Oft enthalten sie nur eine ein bestimmtes Ergebnis mitteilende Aussage, ohne die Gründe und Überlegungen, die zu dieser Entscheidung geführt haben, mitzuteilen. Das aber bringt die Notwendigkeit mit sich, oft auch auf den der Entscheidung zugrunde liegenden Sachverhalt einzugehen.

I. Übersicht über die Rechtsprechung im Einzelnen

Zunächst sei ein Erkenntnis des Ober-Appellations-Gerichtes Cassel aus dem Jahre 1837 genannt ¹⁾.

Der Entscheidung lag, soweit er für die hier interessierende Darstellung von Bedeutung ist, folgender Sachverhalt zugrunde:

Der Appellant hatte von seinem Bruder erfahren, daß dieser beabsichtige, den Vater umzubringen. Wie ihm der Bruder aufgetragen, unterließ es der Appellant, den Vater zu warnen oder das Vorhaben sonst anzuzeigen. An der Ausführung des Verbrechens war der Appellant dann so beteiligt, daß er sich am Tatort aufhielt und dem Bruder die Ankunft des Vaters mitteilte, worauf dieser dann, wie er es vorhatte, den Vater tötete.

1) Mitgeteilt von HEUSER, Bemerkenswerthe Entscheidungen, Bd. 2, 2. Heft S.

Das in dem Erkenntnis nicht näher bezeichnete Obergericht, gegen dessen Entscheidung sich der Appellant wendete, hatte ausgeführt, ²⁾ daß eine strafbare Beihilfe zum Verwandtenmord vorliege. Der Appellant habe sich dieser schon dadurch schuldig gemacht, da er es unterlassen habe, die Tat zu hindern, wozu er als Sohn rechtlich verpflichtet gewesen sei. Darüber hinaus habe aber auch ein positiver Tatbeitrag darin gelegen, daß er dem Bruder die Ankunft des Vaters mitgeteilt habe.

Das Ober=Appellations-Gericht Cassel ³⁾ bestätigte diese Entscheidung u. a. mit dem Hinweis, daß gegen die Annahme einer Rechtspflicht zur Verhinderung der Tat keine Bedenken bestünden.

Diese Entscheidung ist aus zwei Gründen, die in ihr enthalten sind, beachtenswert. Einmal bringt sie - verständlicherweise begrenzt auf den vorliegenden Sachverhalt - eine scharfe Trennung zwischen dem positiven und negativen Verhalten des Appellanten. Deutlich unterscheidet das Gericht die einzelnen Teilakte der Beteiligung und kommt zu dem richtigen Ergebnis, daß in dem Verhalten sowohl negative als auch positive Tatbeiträge enthalten sind.

Das zweite Verdienst, das dieses Erkenntnis für sich in Anspruch nehmen kann, ist, daß es das Unterlassen bei Vorliegen einer Rechtspflicht zum Handeln - im vorliegenden Fall das persönliche Verhältnis - für strafbar erklärt.

2) aaO. S. 482/483

3) aaO. S. 493

Stammte diese Entscheidung aus einer Zeit, in der die Rechtslehre das Problem des unechten Unterlassungsdelikts noch nicht endgültig geklärt hatte, so sollen für die spätere Rechtsprechung zwei Entscheidungen des preußischen Königlichen Ober-Tribunals aus dem Jahre 1861 vorangestellt werden.

In seinem Erkenntnis vom 31. Oktober 1861 ⁴⁾ behandelt das Königliche Ober-Tribunal die Frage der Strafbarkeit eines unechten Unterlassungsdelikts in täterschaftlicher Begehung und führt hierzu aus:

"Auch durch Unterlassungen kann, wo eine besondere Pflicht zur Thätigkeit vorhanden ist, - es kann namentlich durch unterlassene Erfüllung besonderer Berufspflichten, durch unterlassene Anwendung der Aufmerksamkeit oder der Vorsicht, wozu jemand durch seinen Beruf oder sein Gewerbe besonders verpflichtet ist, eine Fahrlässigkeit begangen und insbesondere fahrlässigerweise eine Körperverletzung oder Gesundheitsbeschädigung herbeigeführt, daher der Thatbestand des § 198 des StGB. hergestellt werden. Es ist dazu keineswegs ausschließlich eine positive auf den Körper des Anderen einwirkende, gegen diesen gerichtete Thätigkeit geeignet. Namentlich fallen deshalb auch Körperverletzungen oder Gesundheitsbeschädigungen, die von einem Arzte bei einer von ihm übernommenen Kur durch wesentliche Nachlässigkeit und Versäumnis in seiner Berufspflicht herbeigeführt werden,

4) Abgedruckt bei: Oppenhoff, Rechtsprechung, Bd. 2 S. 32 und teilweise in: Allgemeine Deutsche Strafrechtszeitung 1862 Sp. 285 mit einer Kritik von DUNDELIN, der in dem Urteil eine "etwas gewaltsame" Behandlung des Gesetzes sieht.

unter die Strafbestimmung des § 198 des StGB."

Schon in seiner Entscheidung vom 3. Januar 1861 ⁵⁾ hatte das Königliche Ober-Tribunal diese Grundsätze für den Fall der Beihilfe durch Unterlassen ausgesprochen und dies in dem Leitsatz dahin formuliert:

"Theilnahme durch Hilfeleistung kann auch in einer Unterlassung (einem Nichthindern) gefunden werden, wenn die Thätigkeit durch die Pflicht geboten war."

In seiner Begründung führt das Gericht aus:

"Obschon im Allgemeinen die Beihülfe in der Regel eine positive Mitwirkung voraussetzt, so kann doch da, wo, wie bei dem mit Waarenverkauf betrautem Commis, die Pflicht besteht, eine widerrechtliche Wegnahme zu hindern, strafbare Teilnahme angenommen werden, sobald die Nichthinderung auf einer Connivenz mit dem Diebe beruht und hierdurch der Diebstahl möglich gemacht oder auch nur erleichtert wird."

Beide Entscheidungen des Königlichen Ober-Tribunals ergeben den Grundsatz, daß ein strafbares Unterlassen im Hinblick auf einen bestimmten Erfolg nur dann vorliegt, wenn dem Unterlassenden eine Rechtspflicht zum Handeln oblag. Eine Ausnahme von diesem Grundsatz hat das Gericht in ständiger Rechtsprechung ⁶⁾ für den Tatbestand der Kuppelei gemacht und für den Begriff des Vorschubleistens ein rein negatives Verhalten genügen lassen, "sofern dasselbe ein bewußtes Darbieten der Gelegenheit zur Unzucht in sich schließt."

5) Bei Oppenhoff, Rechtsprechung, Bd. 1, S. 199

6) Bei Oppenhoff, Rechtsprechung, Bd. 5, S. 425, Bd. 13, S. 626; Bd. 20, S. 89

II. Einzelne von der Rechtsprechung anerkannte Fälle der Pflicht zur Erfolgsabwendung

Nachdem festgestellt ist, daß die Rechtsprechung eine Pflicht zur Erfolgsabwendung für die Strafbarkeit des unechten Unterlassungsdelikts fordert, soll untersucht werden, unter welchen Voraussetzungen eine solche Rechtspflicht anerkannt wurde.

1. Die Pflicht zum Handeln aufgrund eines persönlichen Verhältnisses und aufgrund eines Gesetzes

Die Entscheidung des Ober-Appellations-Gerichts zu Cassel, die eine Pflicht zur Hinderung eines gegen den Vater gerichteten Totschlags aussprach, ist schon genannt. ⁷⁾

Danach soll ein Erkenntnis des Königlichen Ober-Tribunals in Preußen erwähnt werden. ⁸⁾ Der Entscheidung lag folgender Sachverhalt zugrunde:

Der Angeklagte hatte seinen geisteskranken Sohn Jahre hindurch in einem kleinen Raum gefangen gehalten. Da es der Angeklagte außerdem an der notwendigen Pflege hatte fehlen lassen, stellten sich bei seinem Sohne erhebliche körperliche Schäden ein, die als Verstümmelung im Sinne des § 193 anzusehen waren. Der Angeklagte, der in den Vorinstanzen wegen gefährlicher Körperverletzung verurteilt worden war, berief sich zur Begründung seiner Nichtigkeitsbeschwerde u. a.

7) Siehe Seite 169 ff.

8) Abgedruckt im: Justiz-Ministerial-Blatt für die Preussische Gesetzgebung und Rechtspflege 1860, 421 ff.

darauf, daß er die Verstümmelung nicht durch positives Tun herbeigeführt habe. Sie sei nicht die Folge der Einsperrung, sondern allein auf die unterlassene Pflege zurückzuführen. Das Gericht - es handelt sich übrigens um eine Entscheidung der "vereinigten Abteilungen" der Strafsenate - verwarf die Nichtigkeitsbeschwerde, soweit sie den erhobenen Einwand betraf, mit folgender Begründung: ⁹⁾

"Zum Begriffe einer solchen Verstümmelung, und namentlich einer durch Fahrlässigkeit herbeigeführten Verstümmelung wird auch keineswegs ein positives Handeln, daher auch nicht Anwendung von Gewalt erfordert. Auch durch eine Unterlassung und namentlich die Unterlassung der gehörigen Fürsorge für einen Andern, zu der Jemand verpflichtet ist, wie es hier der Angeklagte als Vater war, kann fahrlässigerweise eine als Verstümmelung anzusehende Körperverletzung herbeigeführt werden."

Mit einem weiteren Falle, der eine auf einem persönlichen Verhältnis fußende Rechtspflicht betraf, hatte sich das Königliche Ober=Appellations-Gericht zu Dresden zu befassen ¹⁰⁾.

Durch völlige Verwahrlosung und Nichtgewähren der erforderlichen Nahrung war das uneheliche Kind der Angeklagten gestorben. Gleichzeitig mit ihr angeklagt war der mit der Angeklagten in einem eheähnlichen Verhältnis lebende Erzeuger des Kindes. - In seiner Entscheidung vom 25. März 1878 führt das Gericht zunächst aus, ¹¹⁾ daß bei Unterlassungen, die nicht schon vom Gesetz mit

9) aaO. S. 423

10) Abgedruckt in: Allgemeine Gerichtszeitung für das Königreich Sachsen, Bd. 22, S. 267 ff.

11) aaO. S. 268/269

Strafe bedroht sind, neben dem Kausalzusammenhang zwischen der Unterlassung und dem rechtswidrigen Erfolg eine Pflicht zum Handeln verletzt sein müsse. Hierbei beruft sich das Gericht auf KRUG. Die Angeklagte, als Mutter des unehelichen Kindes, sei schon deshalb zu dessen Pflege und Ernährung verpflichtet gewesen, weil es ihr gegenüber die Stellung eines ehelichen Kindes habe.

Hinsichtlich der Rechtspflicht des Erzeugers des unehelichen Kindes gibt das Gericht keine endgültige Stellungnahme ab. Ob auch den Erzeuger des unehelichen Kindes eine Pflicht zur Wartung und Pflege treffe, könne nur im einzelnen Fall entschieden werden. Maßgebend seien allein die Umstände des konkreten Falles. Für den der Entscheidung zugrunde liegenden Sachverhalt, in dem der Erzeuger mit der Mutter des unehelichen Kindes so lebe, als wäre er mit ihr verheiratet, habe dieser auch die Pflicht, für das in die häusliche Gemeinschaft aufgenommene gemeinsame Kind zu sorgen.

Ein weiteres Urteil - es handelt sich um ein Erkenntnis des Schwurgerichts Jauer -, in dem die Mutter wegen Kindesmordes verurteilt wurde, weil sie ihr uneheliches Kind gleich nach der Geburt verließ und so dessen Tod herbeiführte, berichtet das "Archiv für Preussisches Strafrecht" ¹²⁾.

In den Fällen der Tötung des unehelichen Kindes durch die Kindesmutter handelt es sich nach heutiger Auffassung um eine Pflichtbegründung durch Rechtssatz ¹³⁾.

12) Bd. 1, S. 396

13) Siehe hierzu Mezger-Blei, Allgemeiner Teil, S. 82

Bei den beiden anderen Fällen, der Erfolgsabwendungspflicht des Sohnes gegenüber dem Vater und der des Erzeugers gegenüber dem unehelichen Kind, liegt eine Pflichtbegründung durch eine Konkrete Lebensbeziehung vor ¹⁴⁾. Interessant ist an der Entscheidung des Oberappellationsgerichts Dresden, daß das Gericht hier die durch die Aufnahme in die häusliche Gemeinschaft besonders deutliche enge Lebensbeziehung zwischen dem unehelichen Kind und seinem Erzeuger betont. Dieser Gedanke der engen Lebensgemeinschaft, der allein aus diesem tatsächlichen Zustand Rechtswirkungen erzeugt, hat später in der Rechtsprechung des Bundesgerichtshofs bei der Annahme eine Erfolgsabwendungspflicht auch unter Verlobten eine entscheidende Rolle gespielt.

2. Die Pflicht zum Handeln aufgrund eines Dienstvertrages

Hier sind zwei Entscheidungen des Königlichen Obertribunals in Preußen aus dem Jahre 1857 zu nennen ¹⁵⁾.

Beiden Entscheidungen lag im Hinblick auf die hier interessierende Fragestellung der gleiche Sachverhalt zugrunde.

Ein zur Überwachung der Bediensteten seines Arbeitgebers bestellter Aufseher ließ es gewähren, daß Gegenstände seines Arbeitgebers entwendet wurden.

Das Gericht führt in beiden Entscheidungen aus, daß

14) Mezger-Blei, aaO. S. 82/83

15) Angeführt in: Archiv für Preußisches Strafrecht B. 5, S. 689/690 bzw. bei Temme, Archiv für strafrechtliche Entscheidungen, Bd. 5 Nr. 1007/1008

eine nach § 34 Nr. 2 StGB strafbare Beihilfe nicht notwendig eine positive Handlung voraussetze. Das wissentliche Geschehenlassen könne dann als strafbare Teilnahme angesehen werden, "wenn derjenige, welchem die Obhut oder Beaufsichtigung einer gewissen Sache oder Person anvertraut ist, dieselbe geflissentlich unterläßt und dadurch einem Anderen die Verübung einer strafbaren Handlung an der Person oder Sache möglich macht oder doch erleichtert." 16)

Interessant an beiden Entscheidungen ist, daß es sich bei dem zuerst genannten Erkenntnis um eine Nichtigkeitsbeschwerde der Anklagebehörde handelte, da das Untergericht die Eröffnung der Untersuchung mit der Begründung abgelehnt hatte, daß das reine Unterlassen keine strafgerichtliche Verfolgung nach sich ziehen könnte, während es sich bei der zweiten Entscheidung um eine Nichtigkeitsbeschwerde des Angeklagten handelte, das Untergericht also eine Verurteilung ausgesprochen hatte. An den genannten Entscheidungen, die beide innerhalb einer Woche gefällt wurden, ist deutlich zu erkennen, daß die Strafbarkeit des unechten Unterlassungsdelikts im Jahre 1857 noch nicht allgemein anerkannt war.

3. Haftung für den Zustand einer Sache

Hierunter sind die Fälle zu rechnen, in denen die Verletzung eines Dritten dadurch herbeigeführt worden ist, daß Gefahrenlagen durch den, der die tatsächliche Beaufsichtigung der Sache hat, nicht genügend beaufsichtigt worden sind.

16) Archiv für Preußisches Strafrecht, Bd. 5, S. 689 (690)

Fälle dieser Art haben die Rechtsprechung mehrfach beschäftigt ¹⁷⁾.

So hatte sich das Königliche Ober-Tribunal mit der Frage zu beschäftigen, ¹⁸⁾ wer für die Bedeckung eines Brunnens verpflichtet war, dessen Sicherung polizeilich vorgeschrieben war. Das Gericht kommt hierbei zu der richtigen Entscheidung, daß nicht allein eine Rechtsstellung, die die Bedeckung ermöglichen würde, entscheidend ist, sondern nur die tatsächliche Verantwortung zu einer strafrechtlichen Haftung für das Unterlassen führt. Zweifelhaft ist jedoch, wenn das Gericht sowohl wegen der Unterlassung der Befolgung einer polizeilichen Vorschrift, eines echten Unterlassungsdelikts, als auch wegen der durch die unterlassene Bedeckung des Brunnens herbeigeführten Tötung des Dritten verurteilt. Hier hätte nur wegen des unechten Unterlassungsdelikts der fahrlässigen Tötung eine Verurteilung ausgesprochen werden dürfen ¹⁹⁾.

4. Die Pflicht zum Handeln aufgrund einer Berufspflicht

Die Rechtsprechung hat mehrfach eine Rechtspflicht zur Schadensabwendung den besonderen beruflichen Verpflichtungen entnommen ²⁰⁾.

In seinem Erkenntnis vom 7. April 1869 hatte das Königliche Ober-Tribunal ²¹⁾ über einen Sachverhalt zu

17) Oppenhoff, Rechtsprechung Bd. 12, S. 480, Bd. 15, S. 808, 843

18) Bei Oppenhoff, Rechtsprechung, Bd. 12, S. 480

19) Siehe hierzu Schönke-Schröder, Strafgesetzbuch, Anm. 34 zu § 330 c

20) Oppenhoff, Rechtsprechung, Bd. 10, S. 203 ff.; Bd. 11 S. 78; GA 7, 551

21) Oppenhoff, Rechtsprechung, Bd. 10, S. 203

befinden, in dem ein Arzt, der wegen einer bedeutenden Verletzung herbeigerufen worden war, zu spät erschien und die "zur Stillung einer bedeutenden Blutung nöthigen Maßregeln gänzlich unterlassen, und es zugelassen" hatte, "daß der Sch. (der Getötete) ²²⁾ auf einem Leiterwagen über eine halbe Meile weit transportiert wurde."

Das Gericht geht zunächst von der Bestimmung des § 184 StGB ²³⁾ aus und stellt klar, daß der Wortlaut des Gesetzes : den Tod "herbeiführen", lediglich als Verursachung des Todes aufzufassen sei. Das Gesetz spreche ausdrücklich nicht von "tödten" wie in den §§ 175, 176. ²⁴⁾ Das Gericht fährt dann weiter fort: ²⁵⁾

"Allein dies ist nur aus dem Grunde geschehen, weil es sich in der Regel im Falle der "Tödtung" um die unmittelbare Verbindung der Absicht des Handelnden mit dem eingetretenen Erfolge, bei der fahrlässigen Herbeiführung des Todes dagegen in der Mehrzahl der Fälle nur um eine mittelbare und durch die Absicht nicht verbundene Folge des Todes handelt. Dadurch sind aber bei dieser fahrlässigen Herbeiführung des Todes die gewöhnlichen Regeln des Kausalzusammenhanges nicht ausgeschlossen; der Erfolg ist also auch hier dem Handelnden nicht zuzurechnen, wenn zwischen demselben und seiner Handlung Ereignisse liegen, welche, wie die freien Handlungen Dritter oder andere von ihm nicht vorauszusehende Umstände, den Kausalzusammenhang unter-

22) Zusatz des Verfassers

23) Es handelt sich um die fahrlässige Tötung.

24) Es handelt sich um die vorsätzliche Tötung.

25) aaO. S. 203/204

brochen haben. Ein solcher Fall liegt aber hier nicht vor. Ihm (dem Angeklagten) ²⁶⁾ fällt somit eine Unterlassung zur Last in einem Falle, wo ihn sein Beruf zu einem bestimmten Handeln verpflichtete, und daß Unterlassungsdelikte auch fahrlässig begangen werden können, ist nicht allein überhaupt strafrechtlich anerkannt, sondern eben auch im § 184 Gegenstand der Strafvorschrift."

In einer weiteren Entscheidung vom 4. Februar 1870 ²⁷⁾ hatte das Königliche Ober-Tribunal über folgenden Sachverhalt zu befinden. Die Angeklagte, eine Hebamme, hatte kurze Zeit nach der von ihr geleiteten Geburt bei dem neugeborenen Kinde eine Augenentzündung festgestellt. Sie verordnete mehrere Mittel, unterließ es aber - entgegen der ausdrücklichen Vorschrift der "Hebammen-Instruktion" -, einen Arzt herbeizurufen. Da die von der Angeklagten verordneten Medikamente erfolglos blieben, erblindete das Kind.

Soweit die Gründe der Entscheidung des Ober-Tribunals mitgeteilt sind, beschäftigt sich das Gericht mit der Frage des Kausalzusammenhanges. Hierauf wird später noch eingegangen werden ²⁸⁾. Im übrigen ist aus dem Urteil des vorinstanzlichen Gerichts lediglich der Satz bekannt, daß es wegen fahrlässiger Körperverletzung verurteilte, weil die Angeklagte "durch Fahrlässigkeit die Gesundheit des Kindes beschädigt habe, und zwar indem sie die ihr durch ihren Beruf auferlegten Pflichten übertrat."

26) Zusatz des Verfassers

27) Oppenhoff, Rechtsprechung, Bd. 11, S. 78

28) Siehe unten Seite 180

Daß das Gericht hier eine Verwirklichung des Tatbestandes der fahrlässigen Körperverletzung durch Unterlassen annahm, ergibt sich eindeutig daraus, daß es im folgenden die Kausalität des Unterlassens für den Erfolg untersucht.

Im Ergebnis ist das Urteil sicher richtig. Bedenken bestehen nur insofern, als die Pflicht zur Herbeiführung des Arztes einer Pflicht zur Erfolgsabwendung unbedenklich gleichgesetzt wird. Es ist zwar auch nach heutiger Auffassung möglich, daß eine Pflicht auch aus besonderen Anordnungen, die eine gesetzliche Grundlage haben, gefolgert werden kann ²⁹⁾. Hierbei ist aber im Einzelfall stets zu untersuchen, ob das Gesetz eine Pflicht zur Erfolgsabwendung begründet. Richtiger erscheint die Begründung, daß schon die allgemeine Berufspflicht die Angeklagte hätte veranlassen müssen, einen Arzt zu rufen, d.h. alles zur Erfolgsabwendung Nötige zu tun.

Ein Urteil, in dem der vorbezeichnete Mangel besonders augenfällig ist, ist das Erkenntnis des Königlichen Ober-Tribunals vom 8. Juni 1859 ³⁰⁾. - Der Angeklagte, ein Gastwirt, hatte einem Fremden ohne ersichtlichen Grund die Aufnahme verweigert. Der abgewiesene Gast mußte daher im Freien übernachten und wurde am nächsten Morgen mit schweren Erfrierungen aufgefunden. - Seine Nichtigkeitsbeschwerde begründete der Angeklagte damit, daß er die Verletzungen nicht durch positives Tun herbeigeführt habe. Ihm falle lediglich eine Unterlassung zur Last, die den Tatbestand der fahrlässigen Körperverletzung nicht begründen könne.

29) Siehe hierzu: Mezger-Blei, Allgemeiner Teil, S. 82

30) Allgemeine Gerichtszeitung für das Königreich Sachsen, Bd. 4, S. 141 Nr. 13 = GA 7, 551

In seinen Urteilsgründen führt das Königliche Ober-Tribunal zunächst aus, daß jeder Beruf bestimmte Pflichten mit sich bringe, aufgrund deren man verpflichtet sein könne, bestimmte Handlungen vorzunehmen. Ihre Unterlassung begründe dann strafbares Unrecht. Das Gericht geht von § 437 II 8 des Allgemeinen Landrechts ³¹⁾ aus und nimmt aus dem "exklusiven Rechte" der Gastwirte, fremde Personen aufzunehmen, die Verpflichtung, dies auch zu tun ³²⁾. Die Unterlassung dieser Verpflichtung führe, wenn, wie hier der abgewiesene Reisende dadurch Schaden erleide, zu einer Bestrafung.

Dieses Urteil zeigt deutlich, daß das Gericht die Rechtspflicht zum Handeln allein einer gesetzlichen Anordnung entnimmt. Hier hätte besonders geprüft werden müssen, was das Gesetz bezweckt hat.

5. Der besondere Fall des "Unterdrückens"
im Rahmen des Tatbestandes des Betruges
in der Rechtsprechung des Königlichen
Ober-Tribunals

Mehrfach hat sich die Rechtsprechung mit dem Begriff des "Unterdrückens" im Rahmen des Tatbestandes des Betruges beschäftigt. Immer wieder hatte das Königliche Ober-Tribunal in Preußen die Frage zu entscheiden, ob das bloße Verschweigen von Tatsachen als ein

31) § 437 II 8 ALR lautet: "An Orten, wo Gasthöfe vorhanden sind, sollen auch andere Einwohner fremde Reisende, die in dem Gasthofe unterkommen können, für Geld nicht aufnehmen."

32) GA 7, 551

"Unterdrücken" derselben angesehen werden könne. Wenn die Entscheidung dieser Frage auch mit dem besonderen Tatbestand des Betruges aufs engste verbunden ist, soll auf sie im Rahmen der vorliegenden Untersuchung dennoch eingegangen werden, da die Rechtsprechung auch den Begriff der "Rechtspflicht" verwendet hat.

In ständiger Rechtsprechung ist das Königliche Ober-Tribunal bei der Auslegung des Tatbestandes des Betruges davon ausgegangen, daß der Begriff des "Unterdrückens" nicht die Unterlassung, also das negative Verhalten bezeichne. Als Grundsatz führt das Gericht aus: 33)

"Es ist richtig, daß im Allgemeinen ein bloßes Verschweigen von Tatsachen für sich allein als ein Unterdrücken derselben nicht angesehen werden kann, daß vielmehr Umstände hinzutreten müssen, welche zugleich ein positives Handeln erkennen lassen." 34)

Ein solches positives Handeln soll dann vorliegen, wenn das Verschweigen von Tatsachen "mit Handlungen in Verbindung steht, die ein Sprechen erfordern." 35)

Erforderlich aber soll das Offenbaren der Tatsachen dann sein, wenn hierzu eine Pflicht bestand. Diese Pflichten sind nach der Rechtsprechung des Königlichen Ober-Tribunals: eine gesetzliche Pflicht, im entschiedenen Falle hergeleitet aus dem Verbot, verdorbene

33) Oppenhoff, Rechtsprechung, Bd. 8 S. 91 (92)

34) So auch in weiteren Entscheidungen: Oppenhoff, Rechtsprechung, Bd. 8, S. 200 (201); Bd. 9, S. 77; Bd. 7, S. 715

35) Oppenhoff, Rechtsprechung, Bd. 9, S. 77

Nahrungsmittel zu verkaufen, ³⁶⁾ die Pflicht zur Offenbarung in Hinblick auf die "Redlichkeit des Geschäftsverkehrs", ³⁷⁾ eine Amtspflicht, ³⁸⁾ oder die moralische Pflicht, die Güte eines Wechsels bei der Hingabe mitzuteilen. ³⁹⁾

Bei der Betrachtung dieser Rechtsprechung könnte man zunächst geneigt sein, in ihr die Begehung eines Betruges als unechtes Unterlassungsdelikt zu erkennen. Indessen hat das Königliche Ober=Tribunal diese Möglichkeit ausdrücklich verneint, ⁴⁰⁾ und so den Ausweg gewählt, daß das Verschweigen mit positiven Handlungen in Verbindung treten müsse.

Untersucht man dagegen die Rechtsprechung genauer, so ergibt sich, daß in den meisten Fällen eben gar kein negatives Verhalten vorliegt, sondern ein positives entweder in der Form des Vorspiegelns falscher Tatsachen oder des Unterdrückens wahrer Tatsachen.

So begeht z.B. derjenige, der einen bereits verjährten Wechsel unter Verschweigung dieser Tatsache einem Dritten gibt, sehr wohl eine positive Handlung, denn er erklärt bei der Übergabe des Wechsels zur Tilgung seiner Schuld stillschweigend, der Wechsel werde eingelöst. Der Heranziehung einer moralischen Pflicht zur Offenbarung dieser Tatsache - wie es das Königliche Ober=Tribunal macht- ⁴¹⁾ bedarf es also gar nicht. Es liegt in diesem Verhalten ein Vorspiegeln falscher

36) aaO. Bd. 8 S. 91 (92)

39) aaO. Bd. 9 S. 77

37) aaO. Bd. 19 S. 248

40) GA 2, 833

38) aaO. Bd. 10 S. 478

41) aaO. Bd. 9 S. 77

Tatsachen und nicht ein Unterdrücken wahrer Tatsachen.

Ebenso begeht auch derjenige, der verdorbene Nahrungsmittel anbietet und verkauft, einen Betrug durch Vorspiegelung falscher Tatsachen. Das Angebot schließt stillschweigend die Erklärung ein, daß die Ware genießbar sei. Auch hier hätte es nicht der Heranziehung einer gesetzlichen Pflicht zur Offenbarung bedurft. Es liegt eben allein ein positives Tun vor. ⁴²⁾

Noch verwunderlicher erscheinen diese Entscheidungen des Königlichen Ober-Tribunals, wenn man bedenkt, daß der Rechtsprechung des Gerichts das stillschweigende Vorspiegeln einer Tatsache nicht unbekannt ist.

In einem Falle, der dem hier zuerst behandelten gleicht, ist das Gericht nicht über den Umweg der Pflicht zum Offenbaren zu einer Verurteilung wegen Betruges gelangt. ⁴³⁾ Hier hatte der Angeklagte einen Wechsel mit einem nicht von ihm stammenden, aber auf seinen Namen lautenden Akzept weitergegeben. Zum Tatbestand des Betruges führt das Gericht aus: ⁴⁴⁾

"daß dagegen die Handlung des Kl. (es handelt sich um den Angeklagten) ⁴⁵⁾, vom Ostpr. Tribunal mit Recht als Betrug angesehen wurde, da die Uebersendung des acceptirten Wechsels an die Handlung H. und Komp. (es handelt sich um die Geschädigte) ⁴⁶⁾ unter den obwaltenden Umständen unzweifelhaft als das stillschweigende aber klar verständliche Vorbringen der Thatsache in sich schloß: als sei er selbst (Kl.) auch der Urheber des Accepts,"

42) Es handelt sich um den in Bd. 8, S. 91 (92) veröffentlichten Fall

43) aaO. Bd. 8, S. 142

44) aaO. S. 143

45) Zusatz des Verfassers

46) Zusatz des Verfassers

Wer einem des Lesens Unkundigen nur Teile einer Urkunde vorliest und ihn dadurch zu einer rechtsgeschäftlichen Erklärung veranlaßt, handelt eben nicht negativ, wie das Königliche Ober=Tribunal meint, ⁴⁷⁾ sondern positiv, indem er vortäuscht, mehr sei in der Urkunde nicht enthalten.

So liegt denn der einzige Grund, aus dem das Gericht auf das Erfordernis der Rechtspflicht zurückgreift in der nicht gehörigen Unterscheidung zwischen dem positiven Tun und dem negativen Verhalten. Die Fragen des unechten Unterlassungsdelikts werden hier nicht angesprochen.

6. Zusammenfassende Betrachtung der von der Rechtsprechung entwickelten Grundsätze

Was zunächst auffällig ist, ist die Tatsache, daß die Rechtsprechung zu den in der Rechtslehre der zweiten Hälfte des 19. Jahrhunderts behandelten Fragen, insbesondere zu der des Kausalzusammenhanges, nicht Stellung genommen hat. Wohl verlangt die Rechtsprechung auch den Kausalzusammenhang zwischen dem Unterlassen und dem eingetretenen Erfolg, ⁴⁸⁾ allein sie geht wie die Rechtslehre der ersten Hälfte des 19. Jahrhunderts von ihm aus. Soweit sich die Rechtsprechung mit der Frage des Kausalzusammenhanges eingehend beschäftigt, geschieht es auf dem Gebiet des Tatsächlichen, meistens bei medizinischen Fragen. So führt das Königliche Ober=Tribunal in seinem Erkenntnis vom 4. Februar 1870 aus: ⁴⁹⁾

47) aaO. Bd. 8, S.200

48) So z.B. das Oberappellationsgericht Dresden, siehe Seite 174

49) Oppenhoff, Rechtsprechung, Bd. 11, S. 78/79
siehe Seite 179

"Es ist allerdings richtig, daß die strafrechtlichen Regeln über den Kausalzusammenhang gleichmäßig sowohl bei positivem Handeln wie bei Unterlassungen, wenn wie hier eine ausdrückliche Pflicht zum Handeln vorhanden war, eintreten müssen. Dies hat aber der App.=Richter auch nicht verkannt denn derselbe (gemeint ist der Kausalzusammenhang) ⁵⁰⁾ liegt positiv bei Unterlassungen dann vor, wenn ein Schaden eingetreten und derselbe von Demjenigen, welchem die Pflicht der Vorbeugung oder Abwendung obliegt, nicht angewendet ist, obwohl er, wie der App.=Richter annimmt, im vorliegenden Falle angewendet werden konnte."

Das aber läßt erkennen, daß die Rechtsprechung die Frage des Kausalzusammenhanges unabhängig von der Rechtspflicht betrachtet. Diese Ansicht entspricht der heutigen Rechtsprechung.

Betrachtet man die hier wiedergegebenen Erkenntnisse im einzelnen, so erscheint zunächst das Erkenntnis des Königlichen Oberappellationsgerichts Dresden vom 25. März 1878 ⁵¹⁾ bedenklich. Das Urteil unterscheidet sich im Ergebnis und in der Begründung nicht von den Erkenntnissen des preußischen Ober-Tribunals. Daß die unehe-liche Mutter für die Sorge des Kindes verpflichtet sei und sich diese Verpflichtung schon aus dem Zivilrecht ergebe, ist ein Ergebnis, vor dem auch das preußische Ober-Tribunal nicht zurückgeschreckt wäre. Das bedenkliche dieser Entscheidung liegt darin, daß sich das Gericht zur Begründung der Strafbarkeit des unechten Unterlassungsdelikts ausdrücklich auf KRUG beruft, dann aber wieder die sich aus dem Zivilrecht ergebende Verpflichtung der Mutter zur Sorge für das

50) Zusatz des Verfassers

51) Siehe Seite 167

Kind genügen läßt. KRUG hatte ja diese zivilrechtliche Verpflichtung allein nicht genügen lassen, ⁵²⁾ um den Kausalzusammenhang zwischen dem Unterlassen und dem Erfolg zu begründen. Er hatte die Kausalität darin gefunden, daß die Mutter selbst den Zustand der Verwahrlosung herbeigeführt habe. Das Oberappellationsgericht Dresden aber berührt in seiner Entscheidung die Frage der Kausalität überhaupt nicht, was wiederum zeigt, daß sie von ihr ausgeht. Insofern stimmt also die Rechtsprechung des Oberappellationsgerichts Dresden mit der des Königlichen Ober=Tribunals überein.

Bedenken müssen auch gegen das Erkenntnis des Königlichen Ober=Tribunals vom 8. Juni 1859 erhoben werden ⁵³⁾. Das Gericht entnimmt mit Hilfe eines Umkehrschlusses der Bestimmung des § 437 II 8 ALR die Verpflichtung der Gastwirte, Fremde aufzunehmen. Die Frage, die das Gericht hierbei hätte prüfen müssen, wäre die gewesen, ob ein solcher Umkehrschluß zulässig ist, da diese Bestimmung offensichtlich im Interesse der Gastwirte, nicht aber im Interesse der Reisenden geschaffen wurde. Die von dem Ober=Tribunal gegebene Begründung erscheint infolge der Unzulässigkeit des Umkehrschlusses angreifbar.

Im übrigen entspricht die Rechtsprechung den Grundsätzen, die von der Rechtslehre der ersten Hälfte des 19. Jahrhunderts erarbeitet worden waren. Daß die Rechtsprechung trotz mannigfaltiger und gewichtiger Gegenstimmen der Literatur eine so gleichmäßige Beurteilung fand und beibehält, ist ihr Verdienst, das nicht unterschätzt werden darf.

52) Siehe Seite 111

53) Siehe Seite 174

Dritter Teil

Schlußbetrachtung

Die Frage nach der Strafbarkeit des Unterlassens hat es fast zu allen Zeiten gegeben. Unterlassungsdelikte sind auch im sogen. Bundesbuch des israelitischen Volkes enthalten, dessen Entstehung in das 9. - 7. vorchristliche Jahrhundert gelegt wird. ¹⁾

"Wenn ein Ochse einen Mann oder ein Weib stößt, daß sie sterben, so soll man den Ochsen steinigen, und sein Fleisch nicht essen; so ist der Herr des Ochsens unschuldig.

Ist aber der Ochse zuvor stößig gewesen, und seinem Herrn ist's angesagt, und hat ihn nicht verwahrt, und er tötet darüber einen Mann oder ein Weib, so soll man den Ochsen steinigen, und sein Herr soll sterben." ²⁾

Hier handelt es sich um ein nach heutiger Auffassung unechtes Unterlassungsdelikt. Es zeigt sich auch, daß auf das Verschulden des Eigentümers des Ochsen Rücksicht genommen wird. Im Grunde handelt es sich hier um Strafvorschriften wie sie bereits bei den Stadtrechten und den fränkischen Volksrechten beobachtet wurden.

1. Vom Wert einer Feststellung, welcher Autor als erster eine wesentliche Erkenntnis traf

Vorweg sei bemerkt, daß der Versuch einer derartigen Feststellung hier nicht unternommen werden soll. Einmal haben solche Ergebnisse wenig oder keinen Wert.

- 1) Vgl. Buchberger, Lexikon für Theologie, unter: Bundesbuch S. 779
- 2) 2. Mose 21, 28 und 29; es wurde die Luther-Übersetzung verwendet.

Zum anderen werden sich solche Feststellungen, die teilweise über 200 Jahre zurückgehen müßten, heute nicht mehr mit der dann aber auch erforderlichen Sicherheit treffen lassen.

Das zeigt sich z.B. deutlich daran, daß CLEMENS bemüht ist, ³⁾ nachzuweisen, daß LUDEN den Unterschied zwischen den echten und den unechten Unterlassungsdelikten nicht als erster erkannt haben kann. Er weist hierzu auf die Motive zu einem Strafgesetzbuch für Baden aus dem Jahre 1836 hin. Allein im Hinblick auf dieses Bemühen von CLEMENS sollte im Rahmen der vorliegenden Untersuchung versucht werden, den Entdecker dieser für die behandelte Frage so wesentliche Erkenntnis aufzufinden.

Außer dem bereits genannten ZACHARIA ⁴⁾ hat auch HEPP in seiner im gleichen Jahre (1836) erschienenen Untersuchung über den Versuch diese Unterscheidung getroffen. Er ⁵⁾ spricht von Unterlassungsdelikten, die sowohl durch Kommissiv- als auch durch Omissivhandlungen begangen werden können, und solchen, die stets ein Unterlassen erfordern. Aber auch HEPP ist nicht der erste Autor, der diesen Unterschied erkannte. Schon in dem 16 Jahre vorher erschienenen Lehrbuch JENULLs findet sich die Trennung zwischen den echten und unechten Unterlassungsdelikten. Auch er trifft diese Unterscheidung bei der Frage nach der Möglichkeit eines Versuchs von Unterlassungsdelikten. ⁶⁾

"Bey Verbrechen, die durch b l o ß e U n t e r -

3) Unterlassungsdelikte, S. 14/15

4) Siehe Seite 85

5) Archiv des Criminalrechts, N.F. 1836, 31 (35)

6) Oesterreichisches Criminal-Recht, S. 193 Anm. b)

l a s s u n g begangen werden, ist ein Versuch nur damahls denkbar, wenn nach der gesetzlichen Begriffsbestimmung für das v o l l e n d e t e Verbrechen nicht die b l o ß e U n t e r l a s s u n g , sondern erst ein gewisser E r f o l g , wie beym Kindesmord, die tödtung, erklärt ist."

Deutlich ist hier eine Unterscheidung zwischen den echten und unechten Unterlassungsdelikten getroffen, die aber für die hier behandelte Frage nicht nutzbar gemacht wurde.

Anhand dieses Beispiels ist gezeigt worden, daß sich Feststellungen darüber, wessen Feder eine Erkenntnis entstammt, nicht mit der erforderlichen Sicherheit treffen lassen. Eine Vermutung aber ist sinnlos. Auch GLASER ⁷⁾ zitiert nur die aus dem Jahre 1837 stammende dritte Auflage des Lehrbuchs JENULLs.

2. Unbeantwortete Fragen

Hier ist zunächst die nicht gehörige Unterscheidung zwischen dem positiven Tun und dem Unterlassen zu nennen. Auf die Auseinandersetzung zwischen GLASER und KRUG darüber, ob im Einzelfall ein positives oder negatives Verhalten vorliege, ist schon hingewiesen worden.⁸⁾ Ebenso ist hervorgehoben worden, daß HEFFTER in der vorher zugesagten Unterlassung eine positive Beihilfe sah.⁹⁾

Im übrigen wird diese Frage überhaupt nicht behandelt. Hierfür mag es zwei Gründe geben. Einmal hätten die

7) Abhandlungen II, S. 380 Anm. 117

8) Siehe Seite 85

9) Siehe Seite 83

unterschiedlichen Ansichten der Rechtslehre, die zum größten Teile zurückgriffen, eine einheitliche Untersuchung nicht zugelassen. Darüber hinaus war man eben hauptsächlich damit beschäftigt, die Strafbarkeit des Unterlassens zu erörtern. Man ging von dem Unterlassen aus, ohne sich eigentlich darüber im Klaren zu sein, was ein Unterlassen ist.

Eine weitere Frage, die offen blieb, ist die nach dem Standort des Begriffs der Rechtspflicht und der sie begründenden Umstände, soweit die obligatio überhaupt noch erfordert wurde. Zur Beantwortung dieser Frage wäre die Rechtslehre bei der Erörterung des Irrtums gezwungen gewesen. Aber auch hier mag sie zunächst als weniger bedeutungsvoll angesehen worden sein.

Darauf hingewiesen werden soll noch, daß - ausgenommen der kurze Hinweis LUDENS¹⁰⁾ - die Strafbarkeit des Unterlassens nie anhand des Grundsatzes nulla poene sine lege erörtert wurde. Dabei ist hinzuzufügen, daß eine Notwendigkeit hierzu sich nur für die Rechtslehre der ersten Hälfte des 19. Jahrhunderts ergeben hätte. Die späteren Autoren glaubten, der Nachweis der Kausalität der Unterlassung enthebe sie dieser Frage.

3. Die Haltung der Gesetzgebung und Rechtsprechung gegenüber den Untersuchungen der Rechtslehre

Die Gesetzgebung war - wie gezeigt - zunächst bemüht, die Erkenntnisse der Rechtslehre zu verarbeiten. Wenn sie später den Begriff des Unterlassens ganz aus dem

10) Siehe hierzu Seite 93

Gesetzestext verbannte, war dies angesichts der unterschiedlichen Stellungnahmen richtig. Es wäre möglich gewesen, ein falsches Prinzip zu bestimmen, das mehr Unheil als Nutzen gebracht hätte. So erklärt auch der Entwurf eines Strafgesetzbuches von 1962 ¹¹⁾, daß die Fälle der Ingerenz der Rechtsprechung vorbehalten bleiben müßten.

Daß sich die Rechtsprechung den Erörterungen der Rechtslehre verschlossen hat, liegt vor allem daran, daß die Grundsatzentscheidungen aus einer Zeit stammen, in der die Rechtslehre die Problematik des Unterlassens noch nicht so eingehend untersucht hatte. Auch in heutiger Zeit ist es nichts Unbekanntes, daß eine Rechtsprechung gegen den fast geschlossenen Widerspruch der Lehre weitergeführt wird. Man denke hier nur an die Fragen um den ärztlichen Heileingriff. Dabei muß aber hinzugefügt werden, daß sich die Rechtsprechung einer Fülle unterschiedlicher Ansichten gegenüber sah, die alle mehr oder weniger widerlegt worden waren. Veranlassung, ihre Rechtsprechung aufzugeben, hatten die Obergerichte nicht.

Dennoch ruft es Befremden hervor, wenn das Reichsgericht von einem dem "gesamten Strafrechte gemeinsamen und allgemeinen Rechtsgrundsatz" sprach. Dies trifft nur soweit zu, als es um die Anerkennung der Strafbarkeit des unechten Unterlassungsdelikts überhaupt ging. Wenn ein solcher Rechtsgrundsatz aber im Hinblick auf den Begriff der Rechtspflicht aufgestellt wurde, erscheint das nicht richtig. Es wäre glücklicher gewesen, hätte sich das Reichsgericht auf seine Autorität besonnen und nur von einer ständigen Rechtsprechung gesprochen. Die Wirkung seiner Rechtsprechung wäre dieselbe gewesen.

11) Amtliche Begründung zu § 13 S. 125

Lebenslauf

Am 25. April 1938 wurde ich, Sohn des Oberamtsrichters Walter Krause und seiner Ehefrau Lydia, geb. Franz, in Berlin geboren.

In Berlin besuchte ich die 31. Volksschule und seit Oktober 1949 das Evangelische Gymnasium. Dort bestand ich am 7. März 1957 die Reifeprüfung.

Danach begann ich im Sommersemester 1957 das Studium der Rechtswissenschaft an der Freien Universität Berlin. Im Juli 1962 legte ich vor dem Justizprüfungsamt Berlin die erste juristische Staatsprüfung ab.

Am 16. November 1962 wurde ich als Referendar im Bezirk des Kammergerichts eingestellt. Seit Oktober 1962 bin ich als wissenschaftlicher Hilfsassistent an der Freien Universität Berlin am Lehrstuhl für Strafrecht bei Herrn Professor Dr. Hermann Blei tätig.

FOTODRUCK WILHELM SCHUCHT
1 BERLIN 12 SCHLÜTERSTRASSE 16
TELEFON 321646

